Göttinger Juristische Schriften

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp,
Philipp M. Reuß, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)

Kindgerechte Verfahren – Anspruch und Wirklichkeit in Kindschaftssachen

18. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2021

Universitätsverlag Göttingen

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Philipp M. Reuß, Eva Schumann,
Barbara Veit (Hg.)

Kindgerechte Verfahren – Anspruch und Wirklichkeit in Kindschaftssachen



erschienen als Band 27 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften"
im Universitätsverlag Göttingen 2022

Dagmar Coester-Waltjen,
Volker Lipp,
Philipp M. Reuß,
Eva Schumann,
Barbara Veit (Hg.)

Kindgerechte Verfahren – Anspruch und Wirklichkeit in Kindschaftssachen

18. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2021

Göttinger Juristische Schriften,
Band 27

Universitätsverlag Göttingen
2022

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de abrufbar.

Kontakt
Prof. Dr. Eva Schumann
E-Mail: eschumann@jura.uni-goettingen.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (https://www.sub.uni-goettingen.de) erreichbar.

Satz und Layout: Lea Zimmermann



https://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-568-7
DOI: https://doi.org/10.17875/gup2022-2113
ISSN: 1864-2128
eISSN: 2512-6849

Danksagung

Für die finanzielle Unterstützung der Durchführung
des 18. Göttinger Workshops zum Familienrecht und
der Publikation des vorliegenden Tagungsbandes
danken wir dem Bundesministerium der Justiz

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Inhaltsverzeichnis

Kindgerechte Verfahren – Wo stehen wir?

*Eva Schumann**

* Die in diesem Beitrag zitierten Online-Quellen wurden zuletzt abgerufen am 21.10.2022.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2022-2177

I. Einführung

Obwohl das familiengerichtliche Verfahren 2008 umfassend reformiert wurde,[1] musste der Gesetzgeber seitdem in Kindschaftssachen mehrfach nachbessern.[2] Den Reformen ging teilweise erhebliche Kritik voraus – die jüngste Änderung des FamFG reagierte unter anderem auf den „Staufener Missbrauchsfall".[3] Die mit dieser Reform verbundene Neuregelung der Kindesanhörung sowie die Einführung von Eignungsvoraussetzungen für Verfahrensbeistände und von besonderen Qualifikationsanforderungen an Familienrichter wurde damit begründet, dass dies zur Gewährleistung eines funktionierenden Verfahrens, insbesondere im Interesse der betroffenen Minderjährigen, notwendig sei:

> „Eine starke Familiengerichtsbarkeit und ein funktionierendes Verfahrensrecht, das den Rechten der Beteiligten Rechnung trägt und dabei besonders schutzbedürftige Personengruppen in besonderer Weise in den Blick nimmt, sind unerlässlich. Vor diesem Hintergrund sieht der Entwurf verschiedene Maßnahmen vor, die auf eine Verbesserung der Qualifikation beteiligter Berufsgruppen und auf eine verfahrensrechtliche Stärkung der Kinderrechte insbesondere im Bereich der Kinderschutzverfahren zielen."[4]

---

[1] Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dez. 2008, BGBl. I, S. 2586.

[2] Zu nennen sind für den Bereich der Elternkonflikt- und Kinderschutzverfahren (ohne Anspruch auf Vollständigkeit): Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012, BGBl. I, S. 1577 (§§ 155, 156 FamFG), Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften vom 5. Dez. 2012, BGBl. I, S. 2418 (§§ 157, 162, 163 FamFG), Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16. April 2013, BGBl. I, S. 795 (§ 155a FamFG), Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes vom 11. Okt. 2016, BGBl. I, S. 2222 (§§ 155b, 155c, 163, 163a FamFG), Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen vom 3. Juni 2021, BGBl. I, S. 1444 (§ 166 FamFG), Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16. Juni 2021, BGBl. I, S. 1810 (§§ 158, 158a–c, 159 FamFG).

[3] Dazu *Gudrun Lies-Benachib*, Ein Paukenschlag im Kindschaftsverfahren?, FF 2021, S. 430; *Thomas Kischkel*, Die Reform der Kindesanhörung nach § 159 FamFG – Auswirkungen auf die Praxis, FamRZ 2021, S. 1595 f.

[4] BT-Drs. 19/23707, S. 21.

Auch wenn die jüngste Reform einen weiteren Schritt auf dem Weg zu einer kindgerechten Justiz darstellt, lassen sich noch immer Problemlagen in Kindschaftssachen identifizieren, die Schwachstellen im FamFG oder Unsicherheiten bei der Durchführung des Verfahrens offenbaren. Der Tagungsband beschränkt sich daher nicht auf eine Bestandsaufnahme zum Thema „kindgerechte Verfahren“, sondern geht auch den bestehenden Problemlagen nach und versucht die Frage zu beantworten, wie in Kindschaftssachen die Rechte und Interessen von Kindern noch besser verwirklicht werden können.[5]

Dieses Anliegen betrifft zahlreiche Kinder, da in Deutschland in erster Instanz jährlich etwa 200.000 Sorge- und Umgangsverfahren (Elternkonflikt- und Kinderschutzverfahren) durchgeführt werden.[6] In gut 30.000 Fällen werden zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung kindesschutzrechtliche Maßnahmen angeordnet[7] – darunter sind auch Verfahren, bei denen sich ein Elternkonflikt nach einer Trennung kindeswohlgefährdend auswirkt. Zu nennen sind „Hochkonfliktfälle“ mit eskalierendem Elternstreit[8] sowie Fälle mit Partnergewalt im Trennungskontext, die für die Kinder sehr belastend sein können und bei Entscheidungen über die

[5] Nach den *Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz*, 2012, S. 17 (https://rm.coe.int/16806ad0c3) setzen kindgerechte Verfahren ein Justizsystem voraus, „das die Einhaltung und wirksame Umsetzung aller Kinderrechte auf dem höchstmöglichen Niveau garantiert und dabei die nachfolgend aufgeführten Grundprinzipien beachtet und den Reifegrad des Kindes, seine Verständnisfähigkeit sowie die Umstände des Falls angemessen berücksichtigt. Eine solche Justiz ist zugänglich, altersgerecht, zügig, sorgfältig und auf die Bedürfnisse und Rechte des Kindes zugeschnitten und fokussiert. Sie achtet die Rechte des Kindes, etwa das Recht auf einen fairen Prozess, auf Beteiligung an dem Verfahren und darauf, dieses zu verstehen, auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie auf Unversehrtheit und Würde.“

[6] Statistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege – Familiengerichte 2021, Fachserie 10, Reihe 2.2, 2022, S. 18 (https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/familiengerichte-2100220217004.pdf?__blob=publicationFile).

[7] Statistisches Bundesamt (Statista), Anzahl der von Familiengerichten eingeleiteten Maßnahmen in Deutschland von 2013 bis 2021, 2022 (https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1174037/umfrage/von-familiengerichten-eingeleitete-massnahmen/).

[8] Dazu *Anne Huber*, Hochkonflikt und Kindeswohlgefährdung, Erfahrungen aus der Sachverständigenpraxis, NZFam 2022, S. 583 ff. Es ist davon auszugehen, dass ca. 15.000 bis 30.000 Minderjährige jährlich von trennungsbedingter hochstrittiger Elternschaft betroffen sind; *Deutsches Jugendinstitut*, „Kinderschutz bei hochstrittiger Elternschaft“ (https://www.dji.de/ueber-uns/projekte/projekte/kinderschutz-bei-hochstrittiger-elternschaft/ausgangssituation.html); *Rainer Balloff*, Kinder vor dem Familiengericht, 4. Aufl. 2022 (I.4.8). Bei *Balloff* findet sich auch ein Katalog mit Merkmalen zu hocheskalierenden Familienkonflikten.

elterliche Sorge und den Umgang noch immer zu wenig unter dem Aspekt einer möglichen Kindeswohlgefährdung betrachtet werden.[9]

Trotz der hohen Fallzahlen wissen wir jedoch über die Verfahrensabläufe in Kindschaftssachen, über eingeübte Praktiken und die Zusammenarbeit zwischen Familiengericht, Jugendamt und Verfahrensbeiständen erstaunlich wenig, da es hierzu bislang kaum Statistiken oder aussagekräftige Studien gibt.[10] Die vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebene Evaluierung des familiengerichtlichen Verfahrens mahnte daher auch im Bereich der Elternkonfliktverfahren an mehreren Stellen das Fehlen notwendiger Rechtstatsachenforschung an (Kinderschutzverfahren waren bedauerlicherweise gar nicht Gegenstand dieser Evaluierung).[11] Auch auf dem *18. Göttinger Workshop zum Familienrecht* (2021) wurde mehrfach, vor allem in der Abschlussdiskussion, darauf hingewiesen, dass Rechtstatsachenforschung und Wirksamkeitsstudien zum Ablauf von Elternkonflikt- und Kinderschutzverfahren sowie zur Nachhaltigkeit der Entscheidungen dringend notwendig sind.[12]

Anhand veröffentlichter Rechtsprechung, Rückmeldungen im Rahmen des Drittmittelprojekts *Gute Kinderschutzverfahren*[13] sowie Diskussionen mit den an Kindschaftssachen beteiligten professionellen Akteuren (nicht zuletzt auch auf dem

[9] Dazu Neunter Familienbericht, Eltern sein in Deutschland, 2021, BT-Drs. 19/27200, S. 254 f. Zu den Auswirkungen von Partnergewalt und elterlicher Hochstrittigkeit auf die Kinder vgl. auch Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 21 Rn. 24 f.

[10] Darüber hinaus weist Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 25 Rn. 139 darauf hin, dass es in Deutschland bislang auch keine aussagekräftigen und breit angelegten Studien zur weiteren Entwicklung von Kindern nach einem Kinderschutzverfahren gibt.

[11] *Stefan Ekert*/*Bettina Heiderhoff*, Die Evaluierung der FGG-Reform, Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben, 2018, S. 251, 275 f. (https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Evaluierung_FGG_Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=2). Im Rahmen der Evaluierung wurden vor allem konfliktvermeidende und -lösende Elemente der Kindschaftssachen untersucht.

[12] Zur Forderung nach Wirksamkeitsstudien siehe die Tagungsberichte von *Ofelia Safarian*, Kindgerechte Verfahren – Anspruch und Wirklichkeit in Kindschaftssachen, JAmt 2022, S. 141, 142 und *Lea Zimmermann*, Kindgerechte Justiz im Spannungsfeld von Schutz und Selbstbestimmung Minderjähriger, FF 2022, S. 6, 7.

[13] Das interdisziplinäre Drittmittelprojekt „Gute Kinderschutzverfahren – Modellprojekt zur Qualitätsentwicklung und Qualitätssicherung für eine kindgerechte Justiz durch interdisziplinäre Fortbildung unter Einbindung eines E-Learning-Angebots“ (https://guteverfahren.elearning-

18. Göttinger Workshop zum Familienrecht) lassen sich vier Bereiche identifizieren (dazu Ziff. II–V), in denen die Rahmenbedingungen für ein kindgerechtes Verfahren noch verbessert werden können.

II. Elternkonflikt- und Kinderschutzverfahren

Die Differenzierung zwischen Elternkonflikt- und Kinderschutzverfahren ist im BGB und FamFG zwar angelegt,[14] wird aber nicht konsequent umgesetzt. Es macht jedoch einen Unterschied, ob der Staat als *Schlichter eines Elternkonflikts* angerufen oder ob er als *Wächter zum Schutz des Kindes* tätig wird. Im Elternkonflikt ist der Staat nur „Schiedsrichter zwischen den streitenden Eltern“,[15] während er in Ausübung des Wächteramtes dazu berufen ist, anstelle der Eltern die Gefährdung vom Kind abzuwenden (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG). Diese unterschiedlichen Aufgaben des Staates und ihre verfassungsrechtliche Verankerung werden im zweiten Beitrag des Tagungsbandes von *Matthias Jestaedt* überzeugend herausgearbeitet.

Während sich in *Kinderschutzverfahren* immer wieder Lücken zeigten, die in den letzten Jahren zu einem Ausbau bzw. einer Verdichtung staatlicher Kontrollmechanismen geführt haben,[16] haben wir in *Elternkonfliktverfahren* eher zu viele staatliche Eingriffsmöglichkeiten. So sind noch immer nicht alle Elternkonfliktverfahren als reine

---

kinderschutz.de/) wurde 2019 bis 2022 vom Bundesfamilienministerium gefördert. Das Programm durchliefen mehr als tausend Nutzer/innen, die teilweise ausführliche Rückmeldungen zu Verfahrensabläufen gaben. Zum Projekt: *Jörg M. Fegert/Eva Schumann/Heinz Kindler/Thomas Meysen/Ulrike Hoffmann*, Gute Kinderschutzverfahren – ein Online-Kurs für Akteure im familiengerichtlichen Verfahren, FF 2019, S. 471–474; *dies.*, Gute Kinderschutzverfahren – ein interdisziplinärer Online-Kurs, JAmt 2020, S. 132–134; *Ofelia Safarian/Lea Zimmermann/Jörg M. Fegert*, Gute Kinderschutzverfahren und die aktuelle Reform der Kindschaftssachen – Wissenstransfer neu ausrichten mittels eines interdisziplinären E-Learning-Angebots, FF 2022, S. 396–401.

[14] Diese Differenzierung wurde durch die jüngste Reform 2021 mit der Einführung mehrerer Sonderregelungen für Kinderschutzverfahren (§ 68 Abs. 5 Nr. 1, § 158 Abs. 2 Nr. 1, § 159 Abs. 2 S. 2 FamFG) weiter ausgebaut.

[15] BVerfGE 31, 194, 210.

[16] Zuletzt etwa dahingehend, dass das Familiengericht in Kinderschutzverfahren auf die persönliche Anhörung des Kindes und die Verschaffung eines persönlichen Eindrucks nur noch bei Vorliegen eines schwerwiegenden Grundes verzichten darf (§ 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG) und im Beschwerdeverfahren nach § 68 Abs. 5 Nr. 1 FamFG daran gehindert ist, von der Durchführung bestimmter Verfahrenshandlungen abzusehen oder die Entscheidung auf den Einzelrichter zu übertragen.

Antragsverfahren ausgestaltet und insbesondere in Umgangsverfahren nach § 1684 Abs. 3 BGB wird ein gerichtliches Tätigwerden von Amts wegen auch unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle für zulässig erachtet, obwohl diesbezüglich schon länger verfassungsrechtliche Bedenken geäußert werden.[17]

Im vorliegenden Tagungsband werden die wesentlichen Unterschiede zwischen Kinderschutz- und Elternkonfliktverfahren von *Rüdiger Ernst* behandelt, der nicht nur auf die Bedeutung der notwendigen Differenzierung zwischen Antrags- und Amtsverfahren im gesamten Verlauf des Verfahrens eingeht, sondern unter Ziff. III seines Beitrags auch auf Schwachstellen der Aufgabenwahrnehmung durch das Jugendamt vor allem in Kinderschutzverfahren hinweist und in diesem Zusammenhang auch das Fehlen empirischer Erkenntnisse beklagt.

III. Kindesanhörung und Verfahrensrechte von Kindern

Dass die *Kindesanhörung* ein wesentliches Element kindgerechter Justiz darstellt, steht in einem grundrechtssensiblen Bereich wie den Kindschaftssachen außer Frage. Schon vor der jüngsten Reform des FamFG, die auch „auf eine verfahrensrechtliche Stärkung der Kinderrechte“ abzielte,[18] sollten daher Kinder in Kinderschutzverfahren grundsätzlich angehört werden. Eine neuere Studie aus Deutschland belegt jedoch, dass in den untersuchten Fällen nur die Hälfte aller betroffenen Kinder angehört wurde.[19] Dies könnte daran liegen, dass bei Familienrichtern Unsicherheiten

[17] *Fritz R. Osthold*, Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, 2016, S. 646 ff.; *ders.*, Antrags- und Amtsverfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG, FamRZ 2017, S. 1643, 1647 f.; Gernhuber/*Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 67 Rn. 10, die zurecht auf die paternalistischen Züge der § 1684 Abs. 3 BGB und § 1696 Abs. 1 BGB hinweist. Vgl. weiter *Eva Schumann*, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?, Gutachten B zum 72. Deutschen Juristentag, 2018, B 57 f., 73 f. Auch nach BVerfG FPR 2003, S. 667 ist für eine Umgangsregelung ein Antrag erforderlich.

[18] BT-Drs. 19/23707, S. 21 (Zitat), 24 f.

[19] *Janin Zimmermann/Ina Bovenschen/Heinz Kindler*, Berücksichtigung des Kindeswillens aus psychologischer Perspektive, JAmt 2021, S. 367 f. Vgl. weiter *Daniela Schröder*, Die Rechtsstellung des Kindes im Wechselmodell. Ein Rechtsvergleich mit der alternierenden Obhut in der Schweiz, 2022, S. 152 f., 186 f. (zur Kindesanhörung im Zusammenhang mit der gerichtlichen Prüfung eines Wechselmodells). Auch *Kischkel*, FamRZ 2021, S. 1595 f. geht davon aus, dass die bestehenden Defizite weniger in den gesetzlichen Regelungen als vielmehr in deren Umsetzung liegen.

bezüglich der Gestaltung der Kindesanhörung und der Kommunikation mit Kindern bestehen[20] – jedenfalls spricht dafür auch die Neuregelung des § 23b Abs. 3 S. 3 GVG, wonach Familienrichter seit 2022 über „belegbare Grundkenntnisse der Psychologie, insbesondere der Entwicklungspsychologie des Kindes, und der Kommunikation mit Kindern verfügen" sollen. Internationale Studien belegen zudem, dass „Trainings in der Exploration von Kindern sich positiv auf die Bereitschaft von Kindern, sich mitzuteilen, und den Informationsgehalt und die Verwendbarkeit der Angaben auswirken".[21] Auch die im vierten Beitrag dieses Tagungsbandes von *Isabell Götz* beispielhaft geschilderten Fälle aus der Praxis zeigen eindrücklich, wie wichtig gut durchgeführte Kindesanhörungen für die zu treffenden familiengerichtlichen Entscheidungen sind.

Über die *Qualität von Kindesanhörungen* in Kindschaftssachen wissen wir allerdings wenig,[22] obwohl diese ein maßgebliches Kriterium für eine kindgerechte Justiz darstellt. *Heinz Kindler* geht im fünften Beitrag dieses Tagungsbandes unter Ziff. IV der Frage nach, wie sich Kindesanhörungen qualitativ verbessern lassen.[23] Er macht dabei deutlich, dass kindgerechte Verfahren – insbesondere im Hinblick auf Kindesanhörungen – arbeitsaufwändig sind und dies daher bei der Personalbemessung berücksichtigt werden müsse.[24] Allerdings haben viele Familienrichter (und auch Jugendamtsmitarbeiter) nicht genügend Zeit, um Schulungsangebote wahrzunehmen.[25] Der Erfolg der Fortbildung des Justizpersonals nach § 23b Abs. 3 S. 3 GVG

[20] Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 26 Rn. 154 weist darauf hin, dass sich die Befürchtung, man würde Kinder durch die Anhörung überfordern und belasten, widerlegen lässt: Die große Mehrheit der im Rahmen einer Studie befragten Kinder gab an, „dass sie bei wichtigen sie betreffenden Entscheidungen beteiligt und nach ihren Wünschen und Erfahrungen gefragt werden wollen." Auf diesen Aspekt geht *Kindler* auch in seinem Beitrag in diesem Tagungsband unter Ziff. IV ein.

[21] Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 24 Rn. 121.

[22] Dazu Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 24 Rn. 121 (bezogen auf Kinderschutzverfahren).

[23] Ausführlich dazu auch Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 24 Rn. 99, 115 ff.

[24] Zu dieser Forderung auch *Lies-Benachib*, FF 2021, S. 430 und zur zeitlichen Mehrbelastung S. 435.

[25] Dies gab jedenfalls die Mehrheit der befragten Richter und Jugendamtsmitarbeiter an; *Ekert/Heiderhoff* (Anm. 11), S. 257.

dürfte daher weniger von geeigneten Angeboten[26] als vielmehr von den notwendigen organisatorischen Rahmenbedingungen und der Gewährung von Freiräumen für professionelle Akteure zur Wahrnehmung dieser Angebote abhängig sein.[27]

Leider gibt es auch keine aussagekräftigen Studien darüber, ob die Äußerungen des Kindes im Rahmen der Entscheidung angemessen berücksichtigt werden. Nicht bekannt ist zudem der Umfang von (teilweise belastenden und häufig unnötigen) Mehrfachbefragungen von Kindern durch Mitarbeiter des Jugendamtes, den Verfahrensbeistand, das Gericht und gegebenenfalls einen Sachverständigen, obwohl diese – zumindest teilweise – mehr schaden als nützen.[28]

Darüber hinaus werden in Deutschland *Verfahrensrechte von älteren Minderjährigen* (Jugendliche ab 14 Jahren) ausgesprochen restriktiv angewandt,[29] obwohl dies kaum mit deren Grundrechtspositionen vereinbar sein dürfte und eine verfassungskonforme Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG nahe liegt.[30] Eigene Antragsrechte von Jugendlichen sieht das deutsche Recht (im Gegensatz etwa zu § 172 ABGB, § 187 Abs. 1 S. 3 ABGB) gar nicht vor.[31] Von einer angemessenen Partizipation von (vor allem älteren) Minderjährigen im gerichtlichen Verfahren sind Kindschaftssachen in Deutschland – trotz der aktuell breit geführten Diskussion um Kinderrechte

---

[26] Die Fortbildungen können nach der Gesetzesbegründung auch in Form von E-Learning angeboten werden (BT-Drs. 19/23707, S. 48). Für Kinderschutzverfahren liegt mit dem E-Learning-Programm „Gute Kinderschutzverfahren“ (siehe oben Anm. 13) bereits ein qualitativ hochwertiges Angebot vor, das sich in Teilen auch für Elternkonfliktverfahren eignet. Die Verstetigung dieses Programms ist derzeit allerdings offen.

[27] Zu den Schwachstellen des § 23 Abs. 3 S. 3 GVG und zur Umsetzungsproblematik *Lies-Benachib*, FF 2021, S. 430, 431 ff., 437; *Rüdiger Ernst*, Das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt, FamRZ 2021, S. 993, 994 ff.

[28] So Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 24 Rn. 114: „Daher ist die in Deutschland verbreitete Praxis einmaliger und eher kurzer Befragungen von Kindern zu ihren Erfahrungen durch verschiedene Personen (Jugendamt, Sachverständige, Gericht) bei zögerlichen und zurückhaltenden Kindern teilweise kontraproduktiv.“

[29] Zuletzt BGH NJW 2021, S. 2734 ff. (keine Verfahrensfähigkeit eines 16-jährigen Kindes im Kinderschutzverfahren) mit krit. Anm. *Katrin Lack*.

[30] Auf die eigenständige Wahrnehmung der Grundrechte durch selbstbestimmungsfähige Minderjährige geht in diesem Tagungsband *Matthias Jestaedt* in seinem Beitrag unter Ziff. II.3 ein.

[31] Kritisch dazu *Schumann* (Anm. 17), B 86 ff.

und internationaler Forderungen nach einer kindgerechten Justiz – noch weit entfernt.[32] Für eine grundrechtskonforme Auflösung des Spannungsverhältnisses von Schutz und Selbstbestimmung (älterer) Minderjähriger bedarf es daher eines Umdenkens des Gesetzgebers und der an Kindschaftssachen beteiligten Akteure.[33]

IV. Rollen und Aufgaben der professionellen Akteure

Die Einbindung verschiedener Akteure in Kindschaftssachen dient dazu, durch die Expertise anderer Professionen die Entscheidungsgrundlage für das Gericht im Interesse des Kindes zu optimieren. Dass das Zusammenspiel von Familiengericht und Jugendamt in der Praxis nicht immer gut funktioniert, wird an mehreren Stellen in diesem Tagungsband angesprochen – insbesondere in den Beiträgen von *Katrin Wessels* und *Thomas Meysen*.

Probleme dürften auch darauf zurückzuführen sein, dass die professionellen Akteure zwei grundlegende Prinzipien nicht immer hinreichend beachten, nämlich ihre gesetzlich vorgegebenen Aufgaben und die damit verbundenen Rollen erstens vollständig wahrzunehmen und zweitens nicht zu überschreiten.[34] Kommt es zu einer Unter- oder Überschreitung der Aufgaben dann kann der in Kindschaftssachen auch bei der Gestaltung des Verfahrens zu wahrende Grundrechtsschutz tangiert sein. Dies mögen einige Beispiele, die in den Beiträgen des Tagungsbandes nicht aufgegriffen wurden, verdeutlichen:

In *Elternkonfliktverfahren* (nicht aber in Kinderschutzverfahren) kann das Gericht das Jugendamt, den Verfahrensbeistand sowie den Sachverständigen einschalten, um

[32] Zu bestehenden Defiziten *Joachim Klein*, Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren – Reformbedarf, in: Kirsten Scheiwe/Wolfgang Schröer/Friederike Wapler/Michael Wrase (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung, Implementationsdefizite und Rechtsverwirklichung in der Kinder- und Jugendhilfe. Beiträge zum zweiten Forum Kinder- und Jugendhilferecht (Schriften zum Familien- und Sozialrecht 4), 2022, S. 133, 139 ff.

[33] Dass hier noch einiges zu tun ist, zeigte sich auch in den Diskussionen auf dem *18. Göttinger Workshop zum Familienrecht*. Dazu *Zimmermann*, FF 2022, S. 6 f.

[34] Zur Problematik ausführlich Ernst/Lohse/*Ernst*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 9.

die Eltern zu einer einvernehmlichen Lösung zu veranlassen (*Hinwirken auf Einvernehmen* gemäß § 156 Abs. 1, § 158b Abs. 2 S. 1, § 163 Abs. 2 FamFG). In wie vielen Fällen dieses lösungsorientierte Vorgehen, insbesondere die außergerichtliche Beratung nach § 156 Abs. 1 FamFG, nachhaltig wirkt, wissen wir nicht.[35] Vor allem in Hochkonfliktfällen darf es zudem nicht nur um die Konfliktlösung auf der Elternebene gehen, sondern es gilt auch, das Wohlergehen der Kinder im Blick zu behalten, weitere Belastungen zu vermeiden und den Kindern bei Bedarf eigene Beratungsangebote zur Verfügung zu stellen.[36] Allerdings dürfte in einem Teil der Hochkonfliktfälle ein auf Einvernehmen ausgerichtetes Vorgehen ohnehin nicht zur Konfliktlösung beitragen.[37]

Des Weiteren ist zu kritisieren, dass vom Verfahrensbeistand und dem Sachverständigen ein Rollenwechsel verlangt wird, wenn sie im selben Fall nach einem Scheitern des lösungsorientierten Arbeitens mit den Eltern andere Aufgaben im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens wahrnehmen müssen. Wie die professionellen Akteure mit den von den Eltern im vertraulichen Gespräch mitgeteilten Informationen im weiteren Verlauf des Verfahrens umgehen sollen, wenn eine einvernehmliche Lösung scheitert, ist ebenfalls nicht geklärt.[38]

Problematisch ist auch, dass vom *Verfahrensbeistand*, der vor allem die Interessen des Kindes wahrzunehmen und in das Verfahren einzubringen hat (§ 158b Abs. 1 S. 1 FamFG),[39] zunehmend weitere Aufgaben erwartet werden, obwohl dies nicht gesetzlich vorgesehen ist und dazu führen kann, dass die Interessen und der Wille des

[35] Dazu *Ekert/Heiderhoff* (Anm. 11), S. 251, 275 f., 304 f.

[36] *Huber,* NZFam 2022, S. 583, 587 mit Hinweis darauf, dass in Hochkonfliktfällen auch bei Fachpersonen die Perspektive des Kindes oft aus dem Blick gerät. Vgl. weiter *Peter S. Dietrich/Jörg Fichtner/Maya Halatcheva/Eva Sandner/Matthias Weber*, Arbeit mit hochkonflikthaften Trennungs- und Scheidungsfamilien: Eine Handreichung für die Praxis, 2010, S. 26 ff., 29 ff. (https://www.dji.de/ueber-uns/projekte/projekte/kinderschutz-bei-hochstrittiger-elternschaft /ergebnisse.html).

[37] *Huber*, NZFam 2022, S. 583, 585 f. Vgl. auch *Ekert/Heiderhoff* (Anm. 11), S. 252 f.

[38] Kritisch in Bezug auf den Rollenwechsel beim Sachverständigen MüKoFamFG/*Schumann*, 3. Aufl. 2018, § 163 Rn. 13 ff. Allerdings machen die Gerichte bei den Sachverständigen von der Möglichkeit des § 163 Abs. 2 FamFG nur zurückhaltend Gebrauch (ebd., Rn. 19). Im Rahmen der FGG-Reform zeigten sich die befragten Richter und Rechtsanwälte auch eher skeptisch in Bezug auf positive Effekte eines lösungsorientierten Vorgehens des Sachverständigen; *Ekert/Heiderhoff* (Anm. 11), S. 295 f.

[39] BT-Drs. 16/6308, S. 239; Prütting/Helms/*Hammer*, FamFG, 6. Aufl. 2022, § 158 Rn. 2.

Kindes aus dem Blick geraten.[40] So beteiligen sich Verfahrensbeistände in Kinderschutzverfahren teilweise an der dem Gericht obliegenden Sachverhaltsermittlung[41] oder tauschen mit dem Jugendamt teilweise ohne rechtliche Grundlage personenbezogene Daten von den am Verfahren beteiligten Eltern und Kindern aus.[42] Ein solches Vorgehen kann informelle Absprachen außerhalb des gerichtlichen Verfahrens begünstigen und dazu beitragen, dass Informationen nur gefiltert in das Verfahren eingeführt und dadurch wesentliche (verfassungsrechtlich abgesicherte) Verfahrensgrundsätze außer Kraft gesetzt werden.

Schließlich ist die *Einbindung von Sachverständigen* in Kindschaftssachen nicht selten mit Komplikationen verbunden. Da sich Entscheidungen in Kindschaftssachen relativ häufig auf Sachverständigengutachten stützen,[43] dürfte man reibungslose Abläufe bei der Einholung, Erstellung und Verwertung dieser Gutachten erwarten. Das Gegenteil scheint aber der Fall zu sein: Nachdem Fachkreise erhebliche Kritik an mangelhaften Gutachten in Kindschaftssachen geäußert hatten,[44] wurden 2016 Qualifikationsanforderungen an den zu bestellenden Sachverständigen in § 163 FamFG aufgenommen.[45] Die damals angemahnten Missstände (zu wenig qualifizierte Sachverständige, zu lange Dauer bei der Erstellung der Gutachten, mangelnde

[40] Kritisch zur fehlenden Fokussierung des Verfahrensbeistandes auf den Kindeswillen (im Vergleich zum österreichischen Kinderbeistand) *Klein* (Anm. 32), S. 133, 144 f. Ob die jüngste Reform zu einer Konzentration auf die Wahrnehmung der Interessen des Kindes und dessen Begleitung durch das Verfahren führen wird, bleibt abzuwarten. Zur Reform der §§ 158–158c FamFG *Lies-Benachib*, FF 2021, S. 430, 433 f.; *Harald Vogel*, Der Verfahrensbeistand gemäß §§ 158 ff. FamFG, FF 2022, S. 143 ff.

[41] Kritisch zu dieser Tendenz Ernst/Lohse/*Ernst*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 7 Rn. 125, Kap. 9 Rn. 258 ff.

[42] Allgemein zur Problematik *Birgit Hoffmann*, Ausgewählte Fragestellungen zum Datenschutz in familiengerichtlichen Kindesschutzverfahren, ZKJ 2020, S. 45, 46 ff.; Ernst/Lohse/*Hoffmann*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 18 Rn. 58 ff., Rn. 71 ff., 75 ff., Kap. 19 Rn. 83. Angedeutet auch bei *Ekert/Heiderhoff* (Anm. 11), S. 291.

[43] Nach *Ekert/Heiderhoff* (Anm. 11), S. 130 f. werden in etwa 20% der Kindschaftssachen Sachverständigengutachten eingeholt.

[44] Dazu *Christel Salewski/Stefan Stürmer*, Qualität familienrechtspsychologischer Gutachten, ZKJ 2015, S. 4 ff.

[45] BT-Drs. 18/6985, S. 1 f., 10 ff. Vgl. weiter Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 24 Rn. 131.

Qualität der Gutachten) scheinen jedoch nicht vollständig behoben zu sein.[46] Zudem werden auch mangelhafte Beweisbeschlüsse und unzureichende Beweiswürdigungen durch die Familiengerichte immer wieder gerügt.[47]

V. Verantwortung nach der Entscheidung

In *Kinderschutzverfahren* können nach der gerichtlichen Entscheidung nicht nur Unklarheiten darüber bestehen, ob und wie die kindesschutzrechtlichen Maßnahmen durch das Jugendamt konkret umgesetzt werden sollen,[48] sondern auch in Bezug auf die Verantwortung für den Fortbestand und weitere Kontrolle der Wirksamkeit der angeordneten Maßnahmen. Die Familiengerichte, die von Amts wegen verpflichtet sind, eine länger andauernde kindesschutzrechtliche Maßnahme in angemessenen Zeitabständen zu prüfen (§ 166 Abs. 2 FamFG), werden teilweise nicht von selbst tätig, sondern warten die (erneute) Initiative des Jugendamtes ab. Tatsächlich müsste sich das Jugendamt an das Familiengericht wenden, wenn die Kindeswohlgefährdung durch die getroffene kindesschutzrechtliche Maßnahme nicht abgewendet wird, sondern fortbesteht.[49] Dies setzt jedoch voraus, dass das Jugendamt den Erfolg der gerichtlich angeordneten Maßnahmen überwacht, was in vielen Fällen gar nicht möglich ist (etwa wenn gegenüber dem neuen Partner der Mutter das Verbot ausgesprochen wird, Kontakt zum Kind aufzunehmen).[50] Mit den hier

[46] Etwa OLG Schleswig NZFam 2020, S. 719, 726 f. m. Anm. *Joseph Salzgeber*. Dazu auch *Iven Köhler*, Sachverständigengutachten in Kindschaftssachen. Beweiserhebung und Qualifikation des Sachverständigen, ZKJ 2020, S. 421, 425 f. *Heinz Kindler* weist in seinem Beitrag in diesem Tagungsband (unter Ziff. V) darauf hin, dass ein Hauptproblem langer Verfahren der Mangel an Sachverständigen sei; ähnlich *Isabell Götz* in ihrem Beitrag unter Ziff. VII.2.

[47] Etwa BVerfG NJW 2017, S. 1295, 1298; BVerfG NZFam 2021, S. 212, 215. Zur Problematik insgesamt Ernst/Lohse/*Ernst*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 10 Rn. 267 ff., 282 ff., 324 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung; Ernst/Lohse/*Kindler*, ebd., Kap. 20 Rn. 7 ff. (insb. Rn. 12).

[48] Zur Problematik Ernst/Lohse/*Lohse*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 12 Rn. 413 ff., Kap. 15 Rn. 566 ff.

[49] Dazu insgesamt Ernst/Lohse/*Lohse*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 15 Rn. 574 ff., 595 ff.

[50] Dazu *Katharina Lohse*, Nach dem Beschluss im familiengerichtlichen Kinderschutzverfahren: Zum Vorgehen des Jugendamts bei abweichender Einschätzung und zur Überwachung von „Auflagen" durch das Jugendamt, JAmt 2021, S. 546, 548 ff.

nur angedeuteten Problemen setzt sich *Thomas Meysen* im letzten Beitrag dieses Tagungsbandes unter Ziff. III auseinander und zeigt auf, an welchen Stellen noch Verbesserungsbedarf besteht.

Einen bislang zu wenig beachteten Aspekt der Verantwortung nach der Entscheidung greift schließlich *Heinz Kindler* unter Ziff. III seines Beitrags mit der Frage auf, was die professionellen Akteure tun können und müssen, damit sich bereits entstandene Beeinträchtigungen beim Kind in der weiteren Entwicklung nicht verfestigen. Auch wenn die Abwendung bestehender oder drohender Gefahren für das Kind im Fokus des Kinderschutzverfahrens stehen, darf die Frage, wie vorhandene und fortbestehende Schädigungsprozesse erfasst und behandelt werden können, nicht aus dem Blick geraten.[51]

VI. Ausblick

Aufgrund der beschriebenen Probleme und Schwachstellen überrascht es nicht, dass Kindschaftssachen immer häufiger ihren Weg zum Bundesverfassungsgericht finden und dieses inzwischen zu etlichen verfahrensrechtlichen Fragen Stellung genommen hat.[52] Aber auch von europäischen Akteuren gehen immer stärker Impulse für Kindschaftssachen aus. Neben der einschlägigen *Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, die etwa 2016 zur Einführung der Beschleunigungsrüge/-beschwerde in Kindschaftssachen (§§ 155b, 155c FamFG) geführt hat,[53] belegen dies etwa die *Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz* von 2010[54] oder der Bericht der *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte* (FRA) „Child-friendly justice – Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States“ von

[51] Dazu Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 23 Rn. 64 ff.
[52] Etwa aus jüngerer Zeit *Wolfgang Keuter*, Kindschaftssachen in der Rechtsprechung des BVerfG seit 2020, FF 2021, S. 142, 144 ff.; *ders.*, Kindschaftssachen in der Rechtsprechung des BVerfG 2021, FF 2022, S. 92, 94 ff. Dies liegt auch daran, dass Kindschaftssachen im Falle einer Trennung des Kindes von seinen Eltern „einer strengen verfassungsrechtlichen Überprüfung“ unterliegen (BVerfG NZFam 2021, S. 212, 215).
[53] BT-Drs. 18/9092, S. 2, 13 ff.
[54] *Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz* (Anm. 5).

2017.[55] Diese Ansätze wurden in einem Pilotprojekt der *Monitoring-Stelle UN-Kinderrechtskonvention* des *Deutschen Instituts für Menschenrechte*[56] und der *Koordinierungsstelle Kinderrechte* des *Deutschen Kinderhilfswerkes*[57] inzwischen aufgegriffen, um „kinderrechtsbasierte Kriterien für das familiengerichtliche Verfahren“ zu entwickeln, die Familiengerichte bei der Umsetzung einer kindgerechten Justiz unterstützen können.[58]

[55] https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-child-friendly_justice-summary_de.pdf.

[56] Deutsches Institut für Menschenrechte, Kindgerechte Justiz: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/themen/kinderrechte/kindgerechte-justiz.

[57] Deutsches Kinderhilfswerk, Koordinierungsstelle Kinderrechte: https://www.dkhw.de/schwerpunkte/kinderrechte/koordinierungsstelle-kinderrechte/kindgerechte-justiz/kinderrechtsbasierte-kriterien-fuer-familiengerichtliche-verfahren/.

[58] Abschlussbericht des Pilotprojekts „Kinderrechtsbasierte Kriterien für das familiengerichtliche Verfahren“. Eine Studie der Katholischen Hochschule Nordrhein-Westfalen, Abteilung Münster, im Auftrag des Deutschen Kinderhilfswerkes und des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 2022 (https://www.dkhw.de/fileadmin/Redaktion/1_Unsere_Arbeit/1_Schwerpunkte/2_Kinderrechte/2.14_Koordinierungsstelle_Kinderrechte/DKHW_DIMR_Abschlussbericht_Pilotprojekt_kindgerechteJustiz.pdf).

Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung im Spannungsverhältnis zwischen elterlicher Verantwortung und staatlichem Schutz

Matthias Jestaedt

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2022-2178

I. Kindesgrundrechte – Innehabung und Wahrnehmung

Rechtlich betrachtet kreist der Kindesschutz um das Kindeswohl und dessen Gewährleistung. Aus Sicht des Grundgesetzes lässt sich die sachlich-inhaltliche Frage nach Ob und Wie der Gewährleistung des Kindeswohls in die Zuständigkeitsfrage umformulieren, *wer* für das Kindeswohl in welcher Hinsicht de iure Verantwortung trägt. Beschränkt man sich auf die *grundgesetzlichen* Zuweisungen und lässt zunächst das Kind selbst außer Betracht, so erscheinen als Gewährleistungsträger des Kindeswohls Staat[1] und Eltern[2]. Tertium non datur. Um diese grundgesetzliche Gewährleistungskonzeption in ihrer Notwendigkeit und Ausgestaltung besser verstehen zu können, hilft es, sich vor Augen zu führen, warum die Verfassung hier den Um- und Sonderweg über eine Konstruktion wählt, die man verallgemeinernd (und damit vergröbernd) und doppelsinnig als Befähigung zur Grundrechtsausübung bezeichnen könnte.

Den Schlüssel liefert die Kategorie des Kindeswohls selbst. Das Kindeswohl, das der Verfassungstext selbst nicht ausdrücklich nennt, das nichtsdestotrotz seit mehr als einem halben Jahrhundert vom Bundesverfassungsgericht[3] und, ihm folgend, der Verfassungsrechtswissenschaft[4] als die grundrechtsdogmatische Mitte im Staat–Eltern–Kind-Verhältnis anerkannt ist, ist seiner Anlage und Zielrichtung nach ein Solitär. Denn weder kennt das Grundgesetz ein das Kindeswohl einschließendes *Menschen*wohl noch ein dem Kindeswohl gegenüberzustellendes *Erwachsenen*wohl.[5]

---

[1] Mit der Modifikation, dass der Staat von Verfassungs wegen (vgl. Art. 7 Abs. 4 und 5 GG) auch Privatschulen in die Erfüllung seines Schulmandates gemäß Art. 7 Abs. 1 GG einbeziehen darf und einbezieht.

[2] Mit der Modifikation, dass Art. 6 Abs. 3 GG – anders als Art. 6 Abs. 2 GG – nicht die Eltern, sondern die Erziehungsberechtigten, die nicht identisch mit den Eltern des Kindes sein müssen, adressiert.

[3] Bahnbrechend BVerfGE 24, 119, 204 – Ersetzung der elterlichen Einwilligung zur Adoption [1968].

[4] Pars pro toto: *Matthias Jestaedt/Philipp Reimer*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Gesamtstand: 214. Aktualisierung Dezember 2021), Art. 6 Abs. 2 und 3 (Stand: 195. Aktualisierung Dezember 2018) Rn. 81 ff.

[5] Einfachrechtlich anerkannt ist dagegen das Wohl des – ähnlich wie der Minderjährige in seiner Selbstbestimmungsfähigkeit eingeschränkten – Betreuten. Voraussetzung einer Betreuung ist gemäß § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB, dass ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann; zu den Parallelen zum Kindeswohl nachfolgend II.2.

Dem Kindeswohl kommt denn auch eine lückenfüllende Leit- und Orientierungsfunktion zu, deren es sonst in dieser Allgemeinheit nicht bedarf: Es reflektiert den Umstand, dass das Kind – worunter jeweils auch der Jugendliche zu verstehen ist – zwar Träger grundsätzlich aller Grundrechte des Grundgesetzes ist, diese aber mangels Selbstbestimmungsfähigkeit (genauer: im Umfange mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit) nicht selbst ausüben kann. Wenn die Grundrechte von („allen") „Menschen" (Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Art. 3 Abs. 1 GG), von „jeder(mann)" (Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Art. 17, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, Art. 103 Abs. 1, Art. 104 Abs. 3 Satz 1 GG, vgl. auch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG), von „Person" (Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 13 Abs. 5 Satz 1, Art. 104 Abs. 1 GG), von „niemandem" (Art. 3 Abs. 3, [Art. 4 Abs. 3 Satz 1,] Art. 12 Abs. 2, Art. 33 Abs. 3 Satz 2, Art. 101 Abs. 1 Satz 2, Art. 103 Abs. 3, Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG), von „allen Deutschen" (Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, vgl. auch Art. 16 Abs. 2 Satz 1, Art. 33 Abs. 1 und 2 GG), von „Frauen und Männern" (Art. 3 Abs. 2 GG) oder von „politisch Verfolgten" (Art. 16a Abs. 1 GG) sprechen, sind jeweils ganz selbstverständlich auch Nicht-Erwachsene, also Kinder und Jugendliche, gemeint und angesprochen. Die Grundrechtsträgerschaft knüpft – von den wenigen Fällen abgesehen, in denen der Verfassungstext dies ausdrücklich sagt (Art. 12a GG zur Wehr- und Ersatzdienstpflicht oder Art. 38 Abs. 2 GG zum aktiven und passiven Wahlrecht) – nicht an das Erwachsensein an. Der politisch äußerst wirksame Slogan „Kinderechte *ins* Grundgesetz" insinuiert demgegenüber, dass Kinder bislang keine oder doch keine nennenswerten Grundrechte besäßen; damit freilich wird die geltende Verfassungslage – aus juristischer Unkenntnis oder politisch-strategischem Kalkül – ausgeblendet.[6]

Das Grundrechtshandicap von Kindern liegt nicht in der Innehabung (Trägerschaft) von Grundrechten,[7] sondern in deren Ausübung (Wahrnehmung): Da und

[6] Dazu jüngst die Kontroverse: *Matthias Jestaedt*, „Kinderrechte im Grundgesetz" statt „Kinderrechte ins Grundgesetz" – Zwischenstand in einer unabgeschlossenen Debatte, JAmt 2021, S. 358 ff.; *Philipp B. Donath/Miriam Lemmert*, „Kinderrechte ausdrücklich ins Grundgesetz" statt „Kinderrechte unsichtbar im Grundgesetz", JAmt 2021, S. 607 ff.; *Matthias Jestaedt*, Kindesschutz zwischen Verfassung, Verfassungstext und Verfassungsgericht. Eine Antwort auf Dr. Philipp B. Donath und Miriam Lemmert, JAmt 2021, S. 612 ff.

[7] Dies umso weniger, als das BVerfG seit 2013 die auf die Verantwortungsteilung zwischen Staat und Eltern zielenden Kindesschutzbestimmungen, die zunächst einmal nur Staat und Eltern als Berechtigte bzw. Verpflichtete adressieren, nach und nach auch als Kindesgrundrechte ausgewiesen hat; so ist mittlerweile anerkannt, dass sowohl die Elternverantwortung nach Art. 6 Abs.

insofern Grundrechte Selbstbestimmungsrechte sind und dementsprechend zu ihrer Ausübung Selbstbestimmungsfähigkeit im Rechtssinne voraussetzen, können Kinder, da und insofern ihnen diese Ausübungsvoraussetzung entwicklungsbedingt noch fehlt, die Grundrechte nicht selbst wahrnehmen. Zur Grundrechtsausübung sind sie dann auf die Hilfe Dritter angewiesen; und deren Grundrechtswahrnehmungshilfe findet ihren Grund und ihre Grenze – man könnte auch sagen: ihre treuhänderische Bindung – im Kindeswohl.

Während in Bezug auf die Grundrechts*trägerschaft* für Kinder im Vergleich zu Erwachsenen demnach keine Besonderheiten bestehen – sie folglich insbesondere selbst und exklusiv Träger der ihnen zugewiesenen Grundrechte sind –, ist in Bezug auf die Grundrechts*wahrnehmung* zu differenzieren: Das Kind (der Jugendliche) kann im Maße der von der (rechtlichen) Selbstbestimmungsfähigkeit vorausgesetzten (tatsächlichen) Einsichts- und Urteilsfähigkeit seine Grundrechte selbst wahrnehmen. Soweit diese bezogen auf die in Rede stehende Grundrechtswahrnehmung noch nicht vorliegt, sind die Kindeseltern nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG dazu berufen, die Grundrechte ihrer Kinder – zu deren Wohl – auszuüben. Dem Staat kommt diese Rolle mangels Grundrechts(wahrnehmungs)fähigkeit und infolge des Umstandes, dass er Verpflichteter und nicht selbst Berechtigter der Grundrechte ist, nicht zu. Die Kindesgrundrechte aktivieren ihn namentlich in ihrer Schutzpflichtendimension, wie sie sich in besonderer Ausprägung im staatlichen Wächteramt gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, welches an die (Einhaltung der) Elternverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG anknüpft, findet. Sieht man einmal von der Sonderkonstellation des Art. 6 Abs. 3 GG ab, wonach mit Blick auf die Trennung eines Kindes die Erziehungsberechtigten an die Stelle der Eltern treten, weist das Grundgesetz keinen anderen Personen die – grundrechtlich verbürgte – Rechtsmacht zu, die Grundrechte des selbstbestimmungsunfähigen Kindes wahrzunehmen. Entsprechende einfachrechtliche Rechtspositionen, etwa von Groß- oder Pflegeeltern, Tagesmüttern oder Kindergärtnerinnen, Vormündern oder Beiständen, leiten sich in aller Regel unmittelbar oder mittelbar von der Rechtsstellung der Eltern ab.

2 Satz 1 GG als auch das staatliche Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG als auch das staatliche Schuldmandat nach Art. 7 Abs. 1 GG jeweils in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG dem Kind selbst eine Grundrechtsposition vermitteln. Dazu unten II.4.

II. Grundrechtliche Kopplung von Kindesrechten und Elternverantwortung

1. Elternverantwortung

Die Sonderstellung der Kindeseltern hinsichtlich der Wahrnehmung der Kindesrechte hat das Grundgesetz mit einer eigenen und in mehrfacher Hinsicht aus dem sonst üblichen Rahmen fallenden Grundrechtsgewährleistung abgesichert. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG bestimmt: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“ In seinem Beschluss vom 29. Juli 1968 betreffend die Ersetzung der elterlichen Einwilligung zur Adoption, in der der Erste Senat erstmals grundlegend und richtungweisend zu Inhalt und Tragweite von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG Stellung genommen hat, erklärt das Bundesverfassungsgericht die im Verfassungstext zum Ausdruck gelangende Verbindung von Elternrecht und Elternpflicht prägnant (allerdings auch in einer die zeitgenössischen Einstellungen atmenden Sprache) wie folgt:

> „Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren.“[8]

Im Nachgang zu dieser wegweisenden Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht eine dichte und ausdifferenzierte Elternrechtsdogmatik entwickelt,[9] aus der –

---

8 BVerfGE 24, 119, 144 – Ersetzung der elterlichen Einwilligung zur Adoption [1968].

9 Vgl. dazu die Zusammenstellung bei *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar (Anm. 4), Art. 6 Abs. 2 und 3, S. 319–322 (an jüngeren Senatsentscheidungen wären lediglich nachzutragen BVerfGE 138, 377 – Anspruch des Scheinvaters gegen die Mutter auf Auskunft über den mutmaßlich leiblichen Vater [2015]; BVerfGE 151, 101 – Stiefkindadoption [2019]). Den Versuch einer Bestandsaufnahme unternimmt *Christian Kirchberg*, Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 6 GG – eine Bestandsaufnahme anlässlich 70 Jahre Grundgesetz (Teil 1), FF 2020, S. 180 ff., (Teil 2), FF 2020, S. 237 ff.

gemessen am Kategorienhaushalt der allgemeinen Grundrechtsdogmatik – wenigstens fünf Alleinstellungsmerkmale von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleitet werden können:[10]

- Die verfassungsgesetzlich eingeräumte Ausnahmestellung wird den Eltern nicht (primär) um deren ungebundener Selbstbestimmung willen zugewiesen; Grund und Grenze der elterlichen Rechtsmacht ist vielmehr das Wohl des Kindes.[11] „In der Beziehung zum Kind muss […] das Kindeswohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung sein".[12] Nicht am Kindeswohl ausgerichtetes elterliches Verhalten ist nicht von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt (sondern ruft, ganz im Gegenteil, den staatlichen Wächter gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG auf den Plan[13]).

- Das Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihres Kindes „enthält als wesensbestimmenden Bestandteil die Pflicht zur Pflege und Erziehung"[14] ihres Kindes. Recht und Pflicht stehen also nicht unverbunden nebeneinander, sondern verbinden sich zur „Elternverantwortung"[15].[16]

- Die Elternverantwortung beinhaltet nicht nur eine Bestimmungsmacht gegenüber mit den Eltern konkurrierenden Dritten, sondern auch gegenüber

[10] Für das Folgende sei für eingehendere Erläuterungen und Nachweise verwiesen auf *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar (Anm. 4), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 67 ff., 71 ff., 75 ff., 80.
[11] Näher entfaltet bei *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar (Anm. 4), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 89 f.
[12] Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 60, 79, 88 – Trennung des Kindes von der Familie auch bei unverschuldetem Elternversagen [1982].
[13] Dazu nachfolgend III.1. und 2.
[14] BVerfGE 24, 119, 120 (Leitsatz 3, Satz 2), 143 – Ersetzung der elterlichen Einwilligung zur Adoption [1968].
[15] Grundlegend BVerfGE 24, 119, 143 – Ersetzung der elterlichen Einwilligung zur Adoption [1968], seitdem ständige Rechtsprechung.
[16] Damit mag an dieser Stelle die im Wesentlichen konstruktive Frage auf sich beruhen, ob es sich hierbei, im Sinne der oben wiedergegebenen Formulierung, um ein einheitliches Pflichtrecht handelt oder ob Recht und Pflicht zu trennen sind und letztere ersteres begrenzt. Dazu eingehend *Michael von Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung im Verfassungsstaat. Rekonstruktion der Grundrechtsdogmatik des Art. 6 Abs. 2 GG, Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht, Bd. 49, 2021, S. 107 ff., bes. 260 ff. und 277 ff., sowie 606 ff., bes. 623 f. und 627 f.

dem Kind selbst. Das – wenn auch am Kindeswohl auszurichtende – Selbstbestimmungsrecht der Eltern ist aus Sicht des Kindes folglich in gewissem Sinne ein Fremd- oder Drittbestimmungsrecht.[17]

- Mit der Elternverantwortung räumt das Grundgesetz den Eltern den Vorrang vor allen sonstigen – privaten wie staatlichen – Miterziehern ein; eine Ausnahme bildet insoweit allein das staatliche Schulmandat gemäß Art. 7 Abs. 1 GG, welches die öffentliche Schule in ihrem Bereich grundsätzlich den Eltern gleichstellt.

- Als Rechtsmacht zur Gewährleistung des Kindeswohls steht die Elternverantwortung im Komplementaritätsverhältnis zur wachsenden Selbstbestimmungsfähigkeit (und damit zur Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit) des Kindes und Jugendlichen. Plakativ lässt sich das in der prägnant-polaren Wendung „wachsendes Kindesrecht – weichendes Elternrecht"[18] zum Ausdruck bringen.[19]

Bindet man diese grundrechtsdogmatischen Besonderheiten von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zusammen, so lässt sich die Elternverantwortung als verfassungsrangiges, kindesnütziges Drittbestimmungs(pflicht)recht charakterisieren.

Zwei der vorgenannten Besonderheiten verdienen mit Blick auf die Frage, wie Kindes(grund)rechte und Elternverantwortung zueinanderstehen, einige erläuternde Worte: das Kindeswohl einerseits und die als Komplementaritätsverhältnis bezeichnete Relation von Kindesrecht und Elternrecht andererseits.

---

[17] Die Begriffe *Fremd*bestimmung und *Dritt*bestimmung können, bezogen auf das Eltern-Kind-Verhältnis, Fehlassoziationen auslösen (Eltern als Fremde oder als Dritte); sie werden hier mangels eines besseren Begriffs und nur zu dem Zwecke verwendet, um zum Ausdruck zu bringen, dass das rechtlich bindende elterliche Handeln für das Kind nicht dessen eigenem Willen entspringt. Im Rechtssinne könnte demgegenüber, wenn und weil mit dem elterlichen Handeln zugleich die Grundrechte des Kindes wahrgenommen werden und der elterliche Willensakt dann auch dem Kind als eigener zugerechnet wird, auch insoweit von einer Selbstbestimmung des Kindes gesprochen werden. Davon soll hier jedoch, um nicht zu überdecken, ob es sich um den tatsächlich geäußerten Willen des Kindes oder aber der Eltern handelt, abgesehen werden. Dazu nachfolgend II.3.

[18] Wendung: *Walter Becker*, Weichendes Elternrecht – wachsendes Kindesrecht, RdJB 1970, S. 364 ff.

[19] Dazu sogleich II.3.

2. Kindeswohl

Das Kindeswohl ist, aufs Elementarste verknappt, jene spezifische Ausprägung der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG, die die alters- und entwicklungsbedingte Sondersituation des Kindes (Minderjährigen) reflektiert. Wie bereits angeklungen, reagiert die auf die Würde des Menschen hin ausgerichtete Verfassungsordnung des Grundgesetzes mit dem Kindeswohl auf die alters- und entwicklungsbedingte Unfähigkeit des Kindes zur Selbstbestimmung im Rechtssinne einerseits und die daraus resultierende Angewiesenheit auf fremden Schutz und fremde Hilfe bei der Selbstentfaltung andererseits. Kinder bedürfen, um es mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts zu sagen, „des Schutzes und der Hilfe, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft entwickeln zu können".[20] Das Kindeswohl besteht, entsprechend dem „Menschenbild des Grundgesetzes",[21] in der ungestörten Entwicklung des Kindes zu einem selbstbestimmten und gemeinschaftsfähigen Individuum. Kindeswohldienlich sind dementsprechend alle Maßnahmen, die auf die Sicherstellung derjenigen Lebensbedingungen zielen, die für das gesunde Aufwachsen des Kindes erforderlich sind.[22] Dabei ist das Kindeswohl, das – wie die Selbstbestimmung(sfähigkeit) – ein *normatives* und nicht etwa ein deskriptives Konzept ist, auf das wohlverstandene („verständige") Interesse des Selbstbestimmungsunfähigen gerichtet, also nicht notwendigerweise identisch mit dem „natürlichen" Kindeswillen. Tatsächlicher Kindeswille und normativ verstandenes Kindeswohl müssen durchaus nicht flächendeckend in eins fallen; nicht jeder spontan geäußerte Wunsch und jedes dringlich artikulierte Verlangen, nicht jede Absicht oder jede Wertung, die das Kind selbst zu bilden und zu äußern imstande ist, ist kindeswohlförderlich oder -dienlich. Allerdings markiert der Kindeswille – schon, weil das Kind als (Erziehungs-)Subjekt von Verfassungs wegen ernst zu nehmen und nicht zu einem bloßen (Pflege-)Objekt zu degradieren ist – in aller Regel ein gewichtiges, mit zunehmender Einsichts- und Urteilsfähigkeit schwerer wiegendes Indiz für das Kindeswohl. Im Betreuungsrecht bringt § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB

---

[20] BVerfGE 121, 69, 92 f. – Zwangsweise Durchsetzung der Umgangspflicht eines Elternteils [2008]; BVerfGE 133, 59, 73 f. Rn. 42 f. – Sukzessivadoption [2013]; Beschluss v. 19.11.2021, 1 BvR 971/21, Rn. 45 – Schulschließungen.

[21] Den Zusammenhang von Kindeswohl und Menschenbild des GG stellt erstmals her: BVerfGE 24, 119, 144 – Ersetzung der elterlichen Einwilligung zur Adoption [1968].

[22] In Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des BVerfG, zuletzt BVerfG, Beschluss v. 19.11.2021, 1 BvR 971/21, Rn. 46 – Schulschließungen.

die Pflicht zur Rücksichtnahme auf den natürlichen Willen des im Rechtssinne nicht Selbstbestimmungsfähigen in exemplarischer, auch für das Kindesschutzrecht geltender Weise zum Ausdruck, wenn es dort heißt, dass der Betreuer „Wünschen des Betreuten zu entsprechen [hat], soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft“.[23]

Am Kindeswohl entscheidet sich, ob eine elterliche Maßnahme den Grundrechtsschutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG genießt oder aber – im Falle einer Gefährdung (oder Störung) – Wächteramtsmaßnahmen nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG auslöst. Weil es sich bei der Feststellung des Kindeswohlzuträglichen und Kindeswohlabträglichen schon wegen der Konkretisierungsfähigkeit und -bedürftigkeit des Kindeswohls indes nicht um einen bloßen Erkenntnisakt, sondern einen mitunter komplexen Bewertungsakt handelt, rückt die Frage in den Vordergrund, wem in concreto die rechtliche Befugnis zur Feststellung zukommt. Darauf wird zurückzukommen sein.[24]

3. Wachsendes Kindesrecht – weichendes Elternrecht

Das Ineinandergreifen von Elternverantwortung und Kindesgrundrechten lässt sich in einem Verlaufsmodell wachsender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes als Grundrechtsträger anschaulich machen. Danach gestalten sich die Beiträge zur Wahrnehmung der Kindesgrundrechte komplementär: Die Eltern nehmen (ihre Verantwortung sowie) die Grundrechte ihres Kindes in dem Maße wahr, wie dieses noch nicht selbst im Rechtssinne in der Lage ist, von den ihm zustehenden Grundrechten Gebrauch zu machen. In dem Maße, in dem das Kind mit zunehmendem Alter und wachsender Fähigkeit, die Folgen eigenen Wollens und Handelns einsehen, beurteilen und verantworten zu können, seine Grundrechte selbst wahrnehmen kann, entfallen Bedürfnis und Rechtfertigung für die elterliche Wahrnehmung der Kindesgrundrechte und für die Elternverantwortung. „Als ein Recht, das um des Kindes und dessen Persönlichkeitsentfaltung willen besteht, liegt es in seiner [sc. des Elternrechts] Struktur begründet, daß es in dem Maße, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwächst, überflüssig und gegenstandslos wird.“[25] Pflege- und

[23] Die Verpflichtung auf das Wohl des Betreuten findet sich in § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB: „Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht.“

[24] Dazu nachfolgend III.1.

[25] So BVerfGE 59, 360, 387 – Bremischer Schülerberater [1982] im Anschluss an *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates. Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: Joseph Krautscheidt (Hrsg.), Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, 1980, S. 54, 67.

Erziehungsbedürftigkeit des Kindes verhalten sich umgekehrt proportional zu dessen Einsichts- und Urteilsfähigkeit.

Unbeschadet des Umstandes, dass es sich dabei um normative Konzepte handelt, beziehen diese sich doch auf empirisch feststellbare biologische, kognitiv-psychische Fakten – genauer: Prozesse – auf Seiten des Kindes und müssen dementsprechend dem Prozesscharakter wachsender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes Rechnung tragen. Das Recht kann auf diese individuell verlaufenden Wachstumsprozesse indes aus Gründen der Rechtssicherheit, Handhabbarkeit und Freiheitlichkeit regelmäßig nicht mit individuell zugeschnittenen Regeln reagieren, sondern sieht sich gezwungen, im Gros der Konstellationen auf typisierende, durchschnittliche Prozessverläufe zugrunde legende Regelungen zurückzugreifen. So kennt das deutsche Recht eine Reihe typisierter Stufen der Mündigkeit im Rechtssinne; Schwellenwerte bilden etwa die Vollendung des 5., des 7., des 10., des 12., des 14., des 16. und des 18. Lebensjahres.[26] Soweit das Kind danach (teil)mündig ist, nimmt es seine Grundrechte selbst wahr.

---

[26] Exemplarische Regelungen für die genannten Mündigkeitsstufen:

- *5 Jahre*: Einwilligung in Änderung des Geburtsnamens bei Eltern ohne Ehenamen und Alleinsorge (§ 1617a Abs. 2 Satz 2 BGB), bei Namensbestimmung bei nachträglicher gemeinsamer Sorge oder Scheinvaterschaft (§ 1617b BGB), bei Namensänderung der Eltern (§ 1617c BGB), bei Einbenennung (§ 1618 Satz 3 BGB) oder bei Umbenennnung des Kindes im Falle der Adoption (§ 1757 Abs. 2 Satz 2 BGB).
- *7 Jahre*: beschränkte Geschäfts- (§§ 106 ff. BGB) und Deliktsfähigkeit (§ 828 Abs. 2 BGB).
- *10 Jahre*: beschränkte Deliktsfähigkeit (§ 828 Abs. 3 BGB); Pflicht zur Anhörung des Kindes bei Elternstreit über Konfessionswechsel (§ 2 Abs. 3 Satz 5 Gesetz über die religiöse Kindererziehung [RelKErzG).
- *12 Jahre*: bedingte Religionsmündigkeit (kein Konfessionswechsel gegen Willen des Kindes, § 5 Satz 2 RelKErzG); Altersgrenze bei Medien (FSK und USK) (§ 11 Abs. 2 JuSchG).
- *14 Jahre*: Strafmündigkeit (§ 19 StGB); Verantwortlichkeit für Ordnungswidrigkeiten (§ 12 OWiG); volle Religionsmündigkeit (§ 5 Satz 1 RelKErzG); Einwilligung in eigene Adoption und Widerspruch dagegen (§ 1746 BGB); Verfahrensfähigkeit bei Zwangsunterbringungen (§ 167 Abs. 3 FamFG); Widerspruch gegen Organentnahme nach Tod (§ 2 Abs. 2 Satz 3 TPG).
- *16 Jahre*: Testierfähigkeit (§ 2229 BGB); Einsichtsrecht in Personenstandsurkunden (§ 62 Abs. 1 Satz 3 Personenstandsgesetz); Pflicht zum Besitz eines Personalausweises oder anderen Passes (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PAuswG); Einwilligung in Organentnahme nach Tod (§ 2 Abs. 2 Satz 3 TPG); aktives Wahlrecht in der Sozialversicherung (§ 50 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB IV); aktives Kommunalwahlrecht in Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen.

4. Schutzgleichlauf von Elternverantwortung und Kindesgrundrechten

Die grundrechtliche Kopplung von Kindesrechten und Elternverantwortung manifestiert sich in einem prinzipiellen Schutzgleichlauf von Elternverantwortung und Kindesgrundrechten.[27] Das erhellt, erstens, daraus, dass die Eltern in Ausübung ihrer Elternverantwortung die verfassungsrechtlich verbürgten (Selbstbestimmungs-) Rechte ihrer selbstbestimmungsunfähigen Kinder wahrnehmen. Sie fungieren insoweit als „Freiheitsmittler" zugunsten ihrer Kinder.[28] Der grundrechtsverpflichtete Staat kann sich folglich a limine nicht auf die Kindesgrundrechte berufen, um das Elternrecht einzuschränken. Zu einer Kollision von Elternverantwortung und Kindesgrundrechten kann es insoweit nicht kommen. Zweitens: Soweit sich die Eltern hingegen außerhalb des Rechtskreises von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG bewegen, weil und soweit sie das Kindeswohl beeinträchtigen, ist der Staat kraft seines Wächteramts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG – auch und gerade zum Schutz der Kindesgrundrechte – zum Einschreiten verpflichtet. In dieser Konstellation tritt die elterliche, nota bene: *nicht* von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sachlich-gegenständlich geschützte Verhaltensweise stets hinter das Kindesrecht zurück. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verleiht den Eltern nicht das Recht zur Verletzung von Kindesrechten.

Die Grundrechtssymbiose von Kindesrechten und Elternverantwortung hat, drittens, auch das Bundesverfassungsgericht (an)erkannt, indem es seit 2013 ausdrücklich in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG „ein auf die tat-

---

– *18 Jahre*: Volljährigkeit; volle Geschäfts- und Deliktsfähigkeit (§ 2, § 828 Abs. 3 BGB); Fähigkeit, Patientenverfügungen wirksam zu errichten (§ 1901a Abs. 1 BGB); aktives und passives Wahlrecht zum Deutschen Bundestag (Art. 38 Abs. 2 GG).

[27] Ein prinzipieller Schutzgleichlauf darf nicht als harmonistische Kurzschließung von Elterngrundrecht und Kindesgrundrechten begriffen werden. Davor zu Recht warnend: *von Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Anm. 16), S. 640 ff.

[28] Wendung: *Paul Kirchhof*, Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht, in: Praxis des neuen Familienrechts: Referate und Berichte der Großen Arbeitstagung des Fachverbandes Berliner Stadtvormünder e.V. vom 28. November bis 2. Dezember 1977 in Berlin, 1. Aufl. 1978, S. 171, 181.

sächliche Pflichtenwahrnehmung durch Eltern gerichtetes subjektives Gewährleistungsrecht des Kindes gegenüber dem Staat“[29] begründet sieht.[30] Dieses Recht ist eine bereichsspezifische Ausprägung des aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten, staatsgerichteten Rechts des Kindes auf Unterstützung und Förderung bei dessen Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft.[31] Die These vom Gleichlauf unterstützend und den eingeschlagenen Weg weitergehend hat das Bundesverfassungsgericht mittlerweile sowohl ein Grundrecht des Kindes auf Abwendung von Kindeswohlgefährdungen aus Art. 2 Abs. 1 (und gegebenenfalls auch Art. 2 Abs. 2 Satz 1) in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 *Satz 2* GG (also einen Anspruch auf Betätigung des staatlichen Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG)[32] sowie ein Recht auf schulische Bildung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 GG (also einen Anspruch auf Betätigung des schulischen Bildungs-, Erziehungs- und Integrationsmandats)[33] anerkannt.[34]

[29] BVerfGE 133, 59, 74 f., Rn. 43 – Sukzessivadoption [2013]; bestätigend: BVerfG, Beschluss v. 19.11.2021, 1 BvR 971/21, Rn. 46 – Schulschließungen. Zunächst hatte das BVerfG ein Kindesrecht noch nicht weiter spezifizierend aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet: BVerfGE 101, 361, 385 f. – Prinzessin Caroline von Monaco [1999]; BVerfGE 121, 69, 93 f. (dort bereits mit einer Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG – freilich mit der seither nicht mehr aufgegriffenen Konzeption eines Grundrechts des Kindes unmittelbar gegen dessen Eltern [deutlich Leitsatz 1 Satz 1]) – Zwangsweise Durchsetzung der Umgangspflicht eines Elternteils [2008].

[30] Dazu, dass „die Kindes- und die Elterngrundrechte im Wesentlichen parallel“ laufen: *Gabriele Britz*, Kindesgrundrechte und Elterngrundrecht: Fremdunterbringung von Kindern in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, FamRZ 2015, S. 793, 795 unter Berufung auf die (von ihr als Berichterstatterin seit 2011 wesentlich mitgeprägte) Rechtsprechung des BVerfG.

[31] Zuletzt BVerfG, Beschluss v. 19.11.2021, 1 BvR 971/21, Rn. 46 – Schulschließungen.

[32] Vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats v. 14.09.2021, 1 BvR 1525/20, Rn. 82 unter Bezugnahme auf BVerfGE 60, 79, 88 – Trennung des Kindes von der Familie auch bei unverschuldetem Elternversagen [1982]; BVerfGE 107, 104, 117 – Ausschluss des erziehungsberechtigten Vaters aus jugendgerichtlicher Verhandlung [2003]; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats v. 5.9.2022, 1 BvR 65/22, Rn. 17 f. Zuvor bereits BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats v. 7.4.2014, 1 BvR 3121/13, Rn. 22; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats v. 19.8.2015, 1 BvR 1084/15, Rn. 20.

[33] Dazu BVerfG, Beschluss v. 19.11.2021, 1 BvR 971/21, Leitsatz 1 und Rn. 43 ff. – Schulschließungen.

[34] Zu dieser Tendenz affirmativ: *von Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Anm. 16), S. 646 ff., bes. 651., und 654 ff.

Um einem naheliegenden Missverständnis entgegenzutreten: Prinzipieller Schutzgleichlauf von Elternverantwortung und Kindesgrundrechten bedeutet selbstredend nicht, dass Kindesinteressen und Elterninteressen nicht de facto kollidieren könnten. Nur ist de iure die „Kollisionslösung" nicht in einer Abwägung der je grundrechtsgeschützten Belange zu finden, sondern durch Bestimmung des sachlichen Schutzbereiches von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG in concreto,[35] und das in zweierlei Hinsicht: Einerseits geht es darum, ob in concreto eine Kindeswohlgefährdung vorliegt (dazu sogleich), und andererseits darum, ob und inwiefern das Kind noch erziehungs- und pflegebedürftig oder bereits einsichts- und urteilsfähig ist und dementsprechend seine Grundreche selbst wahrnehmen kann.

III. Kindeswohl als staatlicher Interventionstitel

1. Kindeswohlförderung und Kindeswohlgefährdung

Das Kindeswohl ist verfassungsrechtliche Richtschnur – sozusagen der innere und inhaltliche Kompass – allen kindbezogenen Verhaltens, gehe es vom Staat, von den Eltern oder von Dritten aus. Daneben spielt das Kindeswohl aber auch eine zentrale – kompetenzielle – Rolle bei der Abschichtung und Zuordnung der kindbezogenkomplementären Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten – insbesondere im Verhältnis der beiden Hauptakteure, Staat und Eltern. Freilich hat das Grundgesetz die Zuständigkeitsverteilung nicht nach dem binären Schema: „Kindeswohlförderung: Sache der Eltern – Abwendung von Kindeswohlgefährdungen: Sache des Staates" gestaltet. Vielmehr liegen die Dinge etwas differenzierter. Das liegt nicht zuletzt daran, dass zwischen den beiden Kindeswohl-Polen – der Förderung und der Gefährdung des Kindeswohls – eine gewisse Asymmetrie herrscht. Diese Asymmetrie des Kindeswohls als „positiver Standard" und als „negativer Standard"[36] zeigt sich sowohl in puncto Definition als auch in puncto Modalität.

---

[35] In der Sache wie hier insbes. *Dagmar Coester-Waltjen*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 81; ähnlich *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 143 f.; monografisch: *Meinolf Brüser*, Die Bedeutung der Grundrechte im Kindesalter für das „Elternrecht", Europäische Hochschulschriften Recht, Bd. 5018, 2010, S. 47 ff. und bes. 95 ff.

[36] Begriffspaar: *Michael Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 114, 1983, S. 171 sowie 478 m. Fn. 686.

Für das Kindeswohl – und entsprechend: für die Kindeswohldienlichkeit oder Kindeswohlförderung – lässt sich, wie gesehen, nur eine reichlich abstrakte, stark konkretisierungsfähige und -bedürftige Definition liefern.[37] Leichter fällt es, das Kindeswohl bzw. die Kindeswohlförderung ex negativo, d.h. mittels der Feststellung, dass *keine* Kindeswohlgefährdung vorliege, zu bestimmen, denn für die Kindeswohlgefährdung haben namentlich die Familiengerichte zu § 1666 Abs. 1 BGB eine mittlerweile gefestigte Rechtsprechung ausgeformt. Danach liegt eine Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 Abs. 1 BGB vor, „wenn eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr festgestellt wird, dass bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sind dabei umso geringere Anforderungen zu stellen, je schwerer der drohende Schaden wiegt“.[38] Kindeswohldienlich ist demzufolge alles, was nicht kindeswohlgefährdend ist.

Und was die Modalität betrifft, so sind zwar gleichermaßen die Kindeswohldienlichkeit und die Kindeswohlgefährdung als Skalierungsbegriff, der stärkere und schwächere Realisierungsformen in einem Kontinuum gleichermaßen umschreibt, zu begreifen; aber während jede Form und jedes Maß von Kindeswohlgefährdung als Überschreitung der Elternverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und als Aktivierung des staatlichen Wächteramts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zu qualifizieren, mit anderen Worten: verfassungsrechtlich negativ belegt ist, operiert die Verfassung bei der Kindeswohldienlichkeit mit einem differenzierten Zuständigkeitsregime: Das Grundgesetz versteht die Kindeswohldienlichkeit nicht im Sinne der Prinzipientheorie als ein auf das im konkreten Kontext höchsterreichbare Maß gerichtetes Optimierungsgebot. Vielmehr ordnet die Verfassung die (Bestimmung

[37] Vgl. oben II.2.

[38] So zuletzt BGH FamRZ 2019, 598, Leitsatz 1, siehe auch Rn. 18 (die von dem das betreffende Jugendamt tragenden Landkreis erhobene Kommunalverfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des BGH hat die 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG mit Beschluss v. 15.12.2020, 1 BvR 1395/19, nicht zur Entscheidung angenommen), unter Bezugnahme auf BGHZ 213, 104, Leitsatz a) und Rn. 13 f.; aus der früheren Judikatur: BGH FamRZ 1956, 350; BGH FamRZ 2012, 99, Rn. 25; BGH FamRZ 2016, 1752, Rn. 28.

der) Kindeswohldienlichkeit nach bereichsspezifischen Vorrang-Nachrang-Gleichrang-Zuständigkeiten.[39] Ausdruck und Folge dessen ist, dass der Staat, soweit die Eltern ihrer Verantwortung nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nachkommen und nicht weitere, vom Grundgesetz selbst anerkannte Voraussetzungen hinzutreten,[40] keine Befugnis besitzt, die Realisierung der elterlichen Kindeswohlbestimmung zu konterkarieren oder gar durch eine eigene zu ersetzen. „Nicht jedes Versagen und nicht jede Nachlässigkeit berechtigen den Staat, die Erziehungsbefugnis der Eltern einzuschränken oder gar auszuschalten; es gehört auch nicht zum Wächteramt, gegen den Willen der Eltern für eine bestmögliche Entwicklung des Kindes zu sorgen“.[41] Es sind insoweit die Eltern, die im Rahmen ihrer rechtlichen Befugnisse verbindlich festsetzen, wie sie Erziehung und Pflege ihres Kindes ausgestalten. Für den sich im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG bewegenden „Normalfall“ der Eltern-Kind-Relation gilt daher aus Sicht des Kindes, dass dessen Eltern (und deren Vorstellung von Kindeserziehung und Kindespflege) Schicksal sind. Davon unbeschadet bleibt, dass der Staat in einer Weise, die nicht in die elterliche Kindeswohlbestimmung eingreift, für seine Vorstellungen von Kindeswohl werbend und anbietend eintreten darf.[42]

2. Kindeswohlgefährdung und staatliches Wächteramt

Gegen den Willen der Eltern kann und muss der Staat in Gestalt seines Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG intervenieren. Dieses ermächtigt und verpflichtet die staatliche Gemeinschaft, bei durch elterliches (nicht notwendigerweise schuldhaftes) Fehlverhalten bedingter Gefährdung oder Schädigung des Kindeswohles einzuschreiten. Auch das Wächteramt hat also im Kindeswohl – bzw. dessen drohender oder eingetretener Beeinträchtigung – seinen Grund, seine Grenze und

[39] Typologischer Überblick staatlicher Einwirkung auf die elterliche Erziehung: *Matthias Jestaedt*, Staatliche Rollen in der Eltern-Kind-Beziehung, DVBl 1997, S. 693 ff.

[40] Hierbei ist, soweit es den Bereich der Schule betrifft, an das staatliche Schulmandat nach Art. 7 Abs. 1 GG sowie, soweit es um die Schlichtung des Elternstreits geht, an das Schlichtungsmandat zu denken.

[41] BVerfGE 107, 104, 117 f. – Ausschluss des erziehungsberechtigten Vaters aus jugendgerichtlicher Verhandlung [2003] unter Bezugnahme auf BVerfGE 60, 79, 91, 94 – Trennung des Kindes von der Familie auch bei unverschuldetem Elternversagen [1982].

[42] Angesprochen ist hier das namentlich im Kinder- und Jugendhilferecht sich aktualisierende allgemein-nachrangige Erziehungsmandat des Staates, dazu unten III.4.

sein Maß. Es geht hier um „Schadensvermeidung, nicht Erziehungsoptimierung“.[43] Die Eltern aktivieren das staatliche Wächteramt nicht als Kindeswohlförderer, sondern als Kindeswohlgefährder (oder -störer). Die den Staat treffenden Wächteramtspflichten sind in ihrer Orientierung auf Gefahrenabwehr im Kern Interventionspflichten; sie erschöpfen sich aber nicht darin. Vielmehr erstrecken sie sich in Gestalt von Beobachtungs- und Gefahrerforschungspflichten auch auf das Vorfeld und in Gestalt von Pflichten zur Einbeziehung von Eltern, Kind und weiteren Akteuren auf das prozedurale Umfeld der eigentlichen Gefahrenabwehrmaßnahmen.[44]

Die staatlichen Wächtermaßnahmen haben sich – als Substitut und Komplement der Elternverantwortung[45] sowie als Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – tunlichst auf die Förderung eines verantwortungsbewussten Verhaltens der Eltern und damit auf die (Wieder-)Herstellung der Elternverantwortung in einem intakten Eltern-Kind-Verhältnis zu beschränken (durch Erziehungsangebote oder, subsidiär, durch oktroyierten Erziehungsbeistand). Soweit dadurch die Kindeswohlgefährdung oder -störung nicht beseitigt werden kann, hat der Staat eine Gefahrenabwehr ohne die Eltern in Angriff zu nehmen, indem er beispielsweise den Eltern das Sorgerecht (ganz oder teilweise) entzieht und seine „Erziehungsreserve“[46] in Form der Adoptionsvermittlung, der Vermittlung eines Pflegekindschaftsverhältnisses, der Anordnung der Fürsorgeerziehung oder anderweitiger Heimunterbringung wahrnimmt. Allgemein wirkt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausübungsregulativ des staatlichen Wächteramts dahin, dass ein Vorrang individueller Maßnahmen vor generellen besteht, ein Vorrang unterstützender Maßnahmen vor eingreifenden, ein Vorrang punktueller Maßnahmen vor flächendeckenden, ein Vorrang vorübergehender Maßnahmen vor dauerhaften und ein Vorrang Eltern einbeziehender Maßnahmen vor Eltern ausschließenden.[47]

---

[43] *Friederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl: Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, Jus Publicum, Bd. 240, 2015, S. 136.
[44] Näher entfaltet bei *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar (Anm. 4), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 388 ff., 392 f., 394.
[45] Dazu näher *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar (Anm. 4), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 377 f. und 379 f.
[46] Begriff: *Fritz Ossenbühl*, Elterliches Erziehungsrecht, Soziale Orientierung, Bd. 2, 1981, S. 68.
[47] Dazu näher *Janna Beckmannn*, Elterliche Selbstbestimmung im Kinderschutz. Rechtliche Analyse unter Einbeziehung ethischer und sozialpädagogischer Aspekte, Schriften zum Familien- und Sozialrecht, Bd. 3, 2021, S. 93 ff. u.ö.

Der Eingriffscharakter des Wächteramts scheitert nicht daran, dass Voraussetzung des Einschreitens ist, dass die Eltern ihrer kindgerichteten Verantwortung nicht gerecht werden, sich also außerhalb des Schutzbereiches von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG bewegen:[48] Wächteramtliches Tun stellt vielmehr immer dann einen Grundrechtseingriff dar, wenn in seiner Folge die elterliche Bestimmungsfreiheit in puncto Pflege und Erziehung des Kindes pro futuro beschränkt wird. Daran fehlt es namentlich dann, wenn sich die Wächteramtsmaßnahme in einem elterngerichteten Hilfeangebot (z.B. gemäß §§ 27–35 SGB VIII) erschöpft. Ausdruck des Wächteramts sind namentlich §§ 1666, 1666a BGB, aber auch etwa §§ 1631a ff. BGB.

3. Elternkonflikt und staatliches Schlichteramt

Das Kindeswohl stellt auch in einer zweiten Konstellation einen Interventionstitel in Bezug auf die Elternverantwortung dar. Freilich weichen sowohl dessen Voraussetzungen als auch dessen Bezug zum Kindeswohl von denen des Wächteramts ab und stützen sich folgeweise nicht auf Art. 6 Abs. 2 *Satz 2* GG. In der zweiten Konstellation aktiviert nicht die Kindeswohlgefährdung die staatliche Intervention, sondern der Elternkonflikt, der notgedrungen die Frage von Erziehung und Pflege des *gemeinsamen* Kindes auf den Plan ruft.[49] Zwar muss sich der Konflikt der beiden nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG jeweils Elternverantwortung Tragenden nicht notwendigerweise in einer konflikthaften Uneinigkeit der Elternteile in Bezug auf die Innehabung und Ausübung des elterlichen Sorgerechts hinsichtlich des gemeinsamen Kindes auswirken, wird dies aber, über kurz oder lang, häufig tun. Ausgangspunkt ist hier also der – absehbare oder bereits eingetretene – Konflikt zweier Akteure, die jeweils Träger der Elternverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG in Bezug auf dasselbe Kind sind. Grundrechtsdogmatisch kollidiert insoweit die Elternverantwortung des einen Elternteils mit jener des anderen Elternteils. Plakativ formuliert: Art 6 Abs. 2 Satz 1 GG der Mutter steht hier gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG des Vaters. Aufgabe des Staates ist es, hier als Schlichter zwischen beiden Elternteilen zu fungieren.

[48] So aber etwa *Daniel Facius*, Elternverantwortung und staatliches Erziehungsmandat – grundrechtliche Konfliktfelder, Diss. jur. Bonn, 2011, S. 125 ff. m.N.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Anm. 35), Art. 6 Rn. 166, 172.

[49] Dazu monographisch: *Fritz R. Osthold*, Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, Schriften zum Familien- und Sozialrecht, Bd. 1, 2016, bes. S. 196 ff., 297 ff. (zur Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR zum Elternkonflikt) und 381 ff.

Die Koordination konfligierender Grundrechtsansprüche ist indes keine Besonderheit des Kindesschutzes, sondern Ausdruck des allgemeinen staatlichen Mandats zur Grundrechtskollisionslösung, das zwar keinen verfassungstextlichen Niederschlag, aber seine sinnfälligste Ausprägung in der von Bundesverfassungsgericht und Staatsrechtslehre beherzigten Lehre von den verfassungsimmanenten Grundrechtsschranken gefunden hat. Unbeschadet dessen ist das auf die Beilegung oder doch Einhegung des Elternkonflikts bezogene Schlichteramt des Staates in zweifacher Hinsicht ein *atypisches* Grundrechtskollisionslösungsmandat: Zum einen treffen hier nämlich mit der mütterlichen und der väterlichen Kindeswohlverantwortung zwei inhaltsgleiche Grundrechtsberechtigungen aufeinander; zum anderen – und das verleiht diesem Grundrechtskonflikt ein Alleinstellungsmerkmal – handelt es sich um das Wohl des *identischen* Kindes und damit um ein und denselben Bezugspunkt der zwei in Rede stehenden grundrechtlichen Schutzgüter. Die Rechtsmacht, als „Schiedsrichter zwischen den streitenden Eltern“[50] zu wirken, richtet – und begrenzt – sich hier darauf, die konfligierenden Elternrechtssphären von Vater und Mutter desselben Kindes im Wege praktischer Konkordanz wechselseitig zu delimitieren und zu koordinieren. Das Schlichteramt ist folglich darauf gerichtet, die kindesbezogenen Rechte (und Pflichten) der Elternteile in der Zweierbeziehung aufzuteilen und zuzuordnen; eine teilweise oder vollständige Übertragung elterlicher Verantwortung auf den Staat oder Dritte kann nicht auf das Schlichteramt – sondern allenfalls auf das Wächteramt, das insoweit eine nicht anders abwendbare Kindeswohlgefährdung voraussetzt – gestützt werden.

Das Schlichteramt verleiht dem Staat – in Gestalt des (Familienrechts-)Gesetzgebers und des (Familien-)Richters – Recht und Pflicht, die Elternrechtsposition des einen zugunsten jener des anderen am Maßstab des Kindeswohls[51] und unter tunlichster Wahrung des beiderseitigen Elternvorrangs zu verkürzen.[52] Nur wenn und

---

[50] So BVerfGE 31, 194, 210 – Vormundschaftsgerichtliche Regelung des persönlichen Verkehrs eines geschiedenen, nichtsorgeberechtigten Elternteils mit seinem Kinde [1971]. Zum Schlichteramt eingehender *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar (Anm. 4), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 156 ff.

[51] Für „eine stärkere Rückanbindung des Ausübungsmaßstabs Kindeswohls an die Grundrechtspositionen des Kindes“ plädierend: *von Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung (Anm. 16), S. 251 ff., 659 (Zitat).

[52] Den Eingriffs- und folgeweise Beschränkungscharakter von Schlichtermaßnahmen verneint hingegen *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Anm. 35), Art. 6 Rn. 166, 173; wie hier aber etwa *Peter Badura*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 6 Abs. 2, 3 (Stand: 86. Aufl. Januar 2019) Rn. 110, 126 ff., 133. Zur Abgrenzung vom Wächteramt vgl. – am Beispiel von § 1666 BGB – BVerfGE 127, 132, 152 f., ergänzend 153 f. – Sorgerechtsübertragung an Vater eines nichtehelichen Kindes gegen den Willen der Mutter [2010].

soweit das Kindeswohl durch den Elternkonflikt beeinträchtigt wird – sprich: soweit neben den Voraussetzungen des Schlichteramts in concreto *auch* jene des Wächteramts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG gegeben sind –, figuriert das Kindeswohl als „negativer Maßstab" (und überlagert das Wächteramt das Schlichteramt). In allen anderen Konstellationen hingegen präsentiert sich das Kindeswohl als „positiver Maßstab". Dies freilich mit der Besonderheit, dass der staatliche Schlichter, hier: der Familienrichter, bei der Bestimmung des aus seiner Sicht Kindeswohldienlichsten darauf beschränkt ist, zwischen den beiden elterlichen Kindeswohlvorstellungen zu wählen. Es geht also, genau genommen, nicht um das aus Sicht des Richters absolut Kindeswohldienlichste, sondern um das aus Sicht des Richters in der konkreten Elternkonstellation (relativ) Kindeswohldienlichere.

4. Wächter- und Schlichteramt des Staates – und mehr

Zusammenfassend können die Eigentümlichkeiten der im Vorstehenden erläuterten staatlichen Titel zur Intervention in das Eltern-Kind-Verhältnis, nämlich des Wächteramts wie des Schlichteramts, in folgender tabellarischer Gegenüberstellung visualisiert werden:

	Wächteramt	**Schlichteramt**
Findet seine verfassungsrechtliche Grundlage in …	der grundrechtlichen Schutzpflicht nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG	dem (nicht verfassungstextlich ausgewiesenen) Mandat zur Auflösung von Grundrechtskollisionen
Wird aktiviert durch …	eine Kindeswohlgefährdung	einen Elternkonflikt
Bezieht sich auf das Kindeswohl als …	„negativer Standard": Wie kann die Kindeswohlgefährdung abgewendet werden?	„positiver Standard": Wessen Erziehung entspricht dem Kindeswohl besser?
Die Elternverantwortung …	soll tunlichst wiederhergestellt werden	des einen Elternteils wird zugunsten jener des anderen Elternteils eingeschränkt
Findet seine prozedurale Ausprägung in …	Kinderschutzverfahren	Elternkonfliktverfahren

Gegenüberstellung von Wächter- und Schlichteramt

Abschließend sei daran erinnert, dass sich die grundgesetzliche Gewährleistungsverantwortung des Staates mit Blick auf das Kindeswohl nicht im Wächteramt einerseits und im Schlichteramt andererseits erschöpft. Neben diesen beiden Mandaten sieht das Grundgesetz in seinem kindeswohlbezogenen Zuständigkeitsregime drei weitere staatliche Mandate vor, nämlich

- das unmittelbar aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG folgende *Ordnungs- und Ausgestaltungsmandat*: Dieses verpflichtet den Staat, allen voran: den staatlichen Gesetzgeber, eine auch und gerade an Private – sei es der andere Elternteil, sei es das Kind, seien es sonstige natürliche oder juristische Personen – gerichtete einfachgesetzliche Elternrechtsordnung zu schaffen, die den elterlichen Pflege- und Erziehungsvorrang (sowie das darauf bezogene staatliche Wächteramt) sicherstellt;[53]

- das *schulische Bildungs-, Erziehungs- und Integrationsmandat* gemäß Art. 7 Abs. 1 GG: Dieses vermittelt dem Staat – exklusiv – im Bereich der Schule eine („positive“) Kindeswohlbestimmungs- und Kindeswohlförderungsberechtigung, die der Elternverantwortung aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht nach-, sondern ihr gleichgeordnet und ihr folgeweise im Kollisionsfalle im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz in concreto zuzuordnen ist;[54]

- und schließlich das *allgemein-nachrangige Erziehungs- und Pflegemandat* des Staates: Im Kontrast zum Schulmandat ist es nicht auf schulische Bildungs- und Erziehungsfragen beschränkt; und im Kontrast zum staatlichen Wächteramt bedarf es zu seiner Aktivierung einerseits nicht einer Kindeswohlgefährdung,

[53] Statt vieler BVerfGE 92, 158, 178 f. – Stellung des Vaters bei Adoption des nichtehelichen Kindes durch dessen Mutter und deren Ehemann [1995]; BVerfGE 107, 150, 169 – Elterliches Sorgerecht für nichteheliche Kinder [2003]; BVerfGE 121, 69, 94 – Zwangsweise Durchsetzung der Umgangspflicht eines Elternteils [2008]; BVerfGE 127, 132, 146 (dort, 152, auch zum Zusammenhang von gesetzlichem Ausgestaltungsauftrag und Grundrechtseingriff) – Sorgerechtsübertragung an Vater eines nichtehelichen Kindes gegen den Willen der Mutter [2010].

[54] Dazu näher: *Matthias Jestaedt*, Schulische und außerschulische Erziehung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 43 ff.

rechtfertigt dafür aber andererseits keine Maßnahmen, die die Elternverantwortung einschränken.[55] In praxi bedeutsamstes Beispiel sind die Erziehungshilfen und Unterstützungsleistungen des Kinder- und Jugendhilferechts gemäß §§ 27–35 SGB VIII.

Erst ihr Einbezug lässt das Bild einer differenzierten Verteilung der verfassungsrechtlich zugewiesenen Kindeswohlverantwortung zwischen Staat und Kindeseltern vollständig werden.

[55] Über dessen verfassungsrangige Verbürgung ist damit freilich noch nichts gesagt. Vgl. *Wolfram Höfling*, Elternrecht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 95; *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar (Anm. 4), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 135, 316, 370, 600 ff. Ablehnend gegenüber einem derartigen Erziehungsmandat des Staates etwa *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Anm. 33), Art. 6 Rn. 174.

Kinderschutz- und Elternkonfliktverfahren – Wo liegen die Unterschiede in der Praxis?

Rüdiger Ernst

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2022-2179

I. Begriffe

Kinderschutzverfahren im Sinne der nachstehenden Ausführungen sind insbesondere Verfahren nach den

- §§ 1666, 1666a BGB (gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls),
- §§ 1632 Abs. 4, 1682 BGB (Verbleibensanordnungen),
- § 1684 Abs. 4 BGB (Einschränkung oder Ausschluss des Umgangsrechts).

Elternkonfliktverfahren sind insbesondere Verfahren nach

- § 1628 BGB (gerichtliche Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern),
- § 1671 BGB (Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern),
- § 1684 Abs. 3 BGB (Regelung zum Umfang und zur Ausübung des Umgangsrechts).

II. Einleitung des Verfahrens[1]

1. Elternkonfliktverfahren

Elternkonfliktverfahren werden auf Antrag eingeleitet. Der Antrag nach § 1671 BGB ist sowohl Verfahrens- wie auch Sachantrag.[2] Mit dem Antrag wird das Verfahren eingeleitet, zugleich tritt aber auch eine Bindung des Gerichts ein, denn es darf über den Sachantrag nicht hinausgehen.[3] Das *Antragserfordernis* ist Abbild der Kompetenzverteilung gemäß Art. 6 Abs. 2 GG auch für getrennt lebende Familien.[4] In den Fällen, in denen beide Eltern gewillt sind, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind nach der Ehescheidung [oder Trennung] weiter zu tragen, bedarf es keiner *Schlichtung* widerstreitender Interessen der Eltern *durch den Staat*.[5] Die

[1] Siehe allgemein *Fritz R. Osthold*, Antrags- und Amtsverfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG, FamRZ 2017, S. 1643.
[2] MüKoBGB/*Hennemann*, 8. Aufl. 2020, § 1671 Rn. 81; Erman/*Döll*, 16. Aufl. 2020, § 1671 Rn. 6.
[3] MüKoBGB/*Hennemann*, 8. Aufl. 2020, § 1671 Rn. 81.
[4] Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2020, § 1671 Rn. 11.
[5] BVerfG, 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, Rn. 52.

Notwendigkeit des Antrags nach § 1628 BGB als Verfahrenseinleitungsvoraussetzung findet ihre Rechtfertigung darin, dass den Eltern die Entscheidung darüber zu überlassen ist, wie sie ihre Meinungsverschiedenheiten bei Ausübung der elterlichen Sorge bereinigen wollen, solange das Wohl des Kindes nicht gefährdet ist.[6] Das Antragserfordernis ist also Ausdruck der Familienautonomie.[7]

2. Kinderschutzverfahren

Für *Kinderschutzverfahren* nach den §§ 1666, 1666a BGB dagegen gilt das *Offizialprinzip*. [8] Die Einleitung des Verfahrens erfolgt *von Amts wegen*.[9] „Anträge", Anzeigen, Mitteilungen, Anrufungen (§ 8a Abs. 2 SGB VIII) sind als Anregung zur Einleitung eines Verfahrens im Sinne des § 24 Abs. 1 FamFG zu qualifizieren.[10] Die „Anträge" selbst haben keine verfahrensbegründende Wirkung.[11] Dies ergibt sich aus der Funktion des *staatlichen Wächteramtes*, dessen Ausübung nicht von der Initiative Privater oder von Behörden abhängen kann.[12] Auch bleibt es dem Familiengericht vorbehalten, im Falle einer Kindeswohlgefährdung den Umgang von Amts wegen zu regeln oder nach § 1684 Abs. 4 BGB einzuschränken oder auszuschließen.[13] Der Charakter als Amtsverfahren entscheidet über *Anfang und Ende des Verfahrens*. Kinderschutzverfahren sind von Amts wegen (ex officio) einzuleiten und erst dann zu beenden, wenn der Familienrichter alle erheblichen Tatsachen ermittelt hat, um sich

[6] MüKoBGB/*Huber*, 8. Aufl. 2020, § 1628 Rn. 4 unter Hinweis auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses vom 27.4.1979, BT-Drs. 8/2788, S. 46; Kaiser/Schnitzler/Schilling/Sanders/*Rakete-Dombek*/*Berning*, 4. Aufl. 2021, § 1628 Rn. 9.

[7] BeckOGK BGB/*Amend-Traut*, Stand: 15.8.2022, § 1628 Rn. 24; Staudinger/*Lettmaier*, Neubearbeitung 2020, § 1628 Rn. 32.

[8] BeckOK BGB/*Veit*, Stand: 1.11.2019, § 1666 Rn. 125.

[9] Allgemeine Meinung OLG Brandenburg FamRZ 2018, S. 1159 = FF 2018, S. 219; OLG Frankfurt a. M. JAmt 2013, S. 656; Keidel/*Sternal*, 20. Aufl. 2020, § 24 Rn. 5; Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2020, § 1666 Rn. 261.

[10] Falsch deshalb AG Heilbronn FamRZ 2022, S. 530, das in einem Verfahren nach den §§ 1666 f. BGB im Tenor ausdrücklich den Antrag des Jugendamts zurückgewiesen hat und zur Begründung anführte, der Antrag des Jugendamts sei unbegründet. (Richtigerweise wäre in Anlehnung an § 166 Abs. 2 und 3 FamFG zu tenorieren gewesen: „Von Maßnahmen nach den §§ 1666, 1666a BGB wird abgesehen" oder „Kindesschutzrechtliche Maßnahmen sind nicht veranlasst".)

[11] *Gudrun Lies-Benachib*, Familiengerichte und Pandemieschutz, NZFam 2021, S. 448; *Fritz R. Osthold*, Antrags- und Amtsverfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG, FamRZ 2017, S. 1643.

[12] Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2020, § 1666 Rn. 261.

[13] *Fritz R. Osthold*, Antrags- und Amtsverfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG, FamRZ 2017, S. 1643, 1648.

selbst eine Überzeugung davon bilden zu können, ob und welche familiengerichtlichen Maßnahmen erforderlich sind.[14]

Beispiele:

(1) Wenn das Familiengericht in einem Gewaltschutzverfahren oder einem Umgangsverfahren Kenntnis davon erlangt, dass ein Kind in seinem seelischen oder körperlichen Wohl gefährdet sein könnte und die Eltern die Gefahr möglicherweise nicht abwenden können oder wollen, darf es nicht auf einen Antrag eines Elternteils oder des Jugendamts warten, sondern muss von Amts wegen ein Verfahren einleiten, ermitteln und prüfen, ob und welche familiengerichtlichen Maßnahmen zum Schutz des Kindes erforderlich sind.

(2) Wenn das Jugendamt in einer wegen massiver Schulversäumnisse des Kindes eingeleiteten Kindesschutzsache dem Familiengericht mitteilt, das Verfahren solle beendet werden, weil die Leitung des Jugendamts vor dem Hintergrund eines akuten Personalengpasses angeordnet habe, dass bis auf Weiteres nur noch den schlimmsten Fällen nachgegangen werden könne, darf das Familiengericht das Verfahren nicht einstellen. Das überragende Rechtsgut des Kindeswohls verpflichtet das Gericht, sein Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG wahrzunehmen und sich rechtsfürsorgend[15] einzumischen, auch wenn dies sonst niemand begehrt. Das Rechtsgut des Kindeswohls ist nicht disponibel.

3. Sonderfälle

Sonderfälle stellen die §§ 1632 Abs. 4 und 1682 BGB dar. Hier wird das Familiengericht von Amts wegen *oder* auf Antrag der Pflegeperson tätig.[16] Für die Verfahren nach § 1684 Abs. 3 BGB hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass es sich um

---

[14] Siehe auch BVerfG FamRZ 2020, S. 422 (Feststellungslast des Staates in familiengerichtlichen Amtsverfahren).
[15] Keidel/*Sternal*, 20. Aufl. 2020, § 24 Rn. 3.
[16] BeckOGK BGB/*Kerscher*, Stand: 1.6.2022, § 1632 Rn. 123; Kaiser/Schnitzler/Schilling/Sanders/*Rakete-Dombek*/*Berning*, 4. Aufl. 2021, § 1632 Rn. 26.

grundsätzlich nicht antragsgebundene Verfahren handle.[17] *Coester-Waltjen*[18] schlägt dagegen vor, in verfassungskonformer „Auslegung“ die Kindeswohlerforderlichkeit auch in § 1684 Abs. 3 BGB hineinzulesen und eine amtswegige Konkretisierung der Umgangsbefugnisse (und damit einen Eingriff in die Elternautonomie) nur zuzulassen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

III. Beteiligung des Jugendamts[19]

In *Kinderschutzverfahren nach den §§ 1666, 1666a BGB* ist das Jugendamt *Muss-Beteiligter* (§ 162 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Wie wichtig dem Gesetzgeber diese Rechtsstellung des Jugendamts im Kinderschutzverfahren ist, lässt sich daraus schließen, dass er das FamFG kurze Zeit nach dessen Inkrafttreten (1.9.2009) geändert und die Bestimmung des § 162 Abs. 2 Satz 1 FamFG (mit Gesetz vom 5.12.2012)[20] neu aufgenommen hat: Die Beteiligung des Jugendamts in Kinderschutzverfahren ist – so der Änderungsgesetzentwurf der Bundesregierung – „immer notwendig“.[21] Freilich greift diese Muss-Beteiligung nicht in anderen Kinderschutzverfahren, etwa im Verfahren nach § 1684 Abs. 4 BGB. In diesen, wie in allen Elternkonfliktverfahren, ist das Jugendamt nur auf seinen Antrag hin zu beteiligen und hat im Übrigen nur die Stellung des „anzuhörenden Jugendamts“ (§ 162 Abs. 2 Satz 2 i.V.m Abs. 1 FamFG).

Die Rechtsstellung als Muss-Beteiligter bringt für das Jugendamt in Kinderschutzverfahren eine *Reihe von Rechten* mit sich, die die Möglichkeit eröffnen, *auf* einen *beschleunigten Verfahrensverlauf* und insbesondere *auf* die *Gestaltung der richterlichen Amtser-*

[17] BGH FamRZ 2017, 532 m. Anm. *Schwonberg* = FF 2017, S. 152 m. Anm. *Keuter*; a.A. *Fritz R. Osthold*, Antrags- und Amtsverfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG, FamRZ 2017, S. 1643, 1648 m.w.N.
[18] Gernhuber/*Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 67 Rn. 10; Grüneberg/*Götz*, 81. Aufl. 2022, § 1684 Rn. 9.
[19] Dazu eingehend Ernst/Lohse/*Ernst*, Praxishandbuch Familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 9 Rn. 229 ff.
[20] BGBl. I, S. 2418.
[21] Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10490, S. 20: „In der bisherigen Praxis haben die Jugendämter von der Verfahrensbeteiligung auf Antrag nur relativ selten Gebrauch gemacht. In Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung ist jedoch die Beteiligung des Jugendamtes immer notwendig. Daher ist für diese Fälle jetzt eine Mussbeteiligung des Jugendamtes vorgesehen.“

mittlung (mit-)*steuernden Einfluss zu nehmen*. Dazu gehören etwa das Recht auf Akteneinsicht nach § 13 Abs. 1 FamFG (durch Überlassung in die eigenen Amtsräume, § 13 Abs. 4 Satz 1 FamFG); die Gelegenheit, zum Ergebnis einer förmlichen Beweisaufnahme (insbesondere zu einem schriftlichen Sachverständigengutachten) Stellung zu nehmen (§ 30 Abs. 4 FamFG); das Recht, Ablehnungsgesuche wegen Besorgnis der Befangenheit anzubringen (§§ 6, 30 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 406 ZPO); das Recht, Beschleunigungsrüge zu erheben und Beschleunigungsbeschwerde einzulegen (§§ 155b, 155c FamFG).

Außerdem kann das Jugendamt in Kinderschutzverfahren – de jure unabhängig von seiner Muss-Beteiligung, aber de facto aus dem Geist der Beteiligtenstellung heraus – zahlreiche förderliche *Anregungen* anbringen: auf Möglichkeiten der zügigen, effizienten und ergebnisorientierten[22] Ermittlung im Freibeweisverfahren (etwa die informelle persönliche, telefonische oder schriftliche Befragung einer Auskunftsperson oder die Beiziehung von Akten) hinweisen und auf diese Weise die Einholung eines umfassenden und viel Zeit in Anspruch nehmenden Sachverständigengutachtens überflüssig machen; einen bestimmten Sachverständigen auswählen; vor Erlass des Beweisbeschlusses zu den Beweisfragen Stellung nehmen; den Sachverständigen sein schriftliches Gutachten in einem Termin mündlich erläutern lassen (§§ 30 Abs. 1 FamFG, 411 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

Nach der subjektiven Einschätzung des *Verfassers* aufgrund langjähriger familienrichterlicher Erfahrung hat sich die *Erwartung des Gesetzgebers*, die Jugendämter würden als Muss-Beteiligte tatsächlich auf Ablauf und Gestaltung des Kinderschutzverfahrens Einfluss nehmen, *nicht erfüllt*. Zwar fehlen (idealerweise auf einer Auswertung familiengerichtlicher Kindesschutz-Verfahrensakten gestützte) empirische Erkenntnisse. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Jugendämter von den oben geschilderten Rechten und Möglichkeiten, auf einen beschleunigten Verfahrensverlauf und namentlich auf die Gestaltung der richterlichen Amtsermittlung steuernden Einfluss zu nehmen, äußerst selten bis nie Gebrauch machen. Bei den Fachkräften der Jugendämter dürfte in der Regel schon kein Wissen um diese Möglichkeiten vorhanden sein. Hinzu kommt, dass die Fachkräfte des Jugendamts mehrheitlich keine Übung darin haben dürften, gegen die gängige Praxis des jeweiligen Familiengerichts eine bestimmte Verfahrensweise einzufordern. Vielmehr dürfte die Haltung vorherrschend sein, es dem jeweiligen Richter recht machen zu wollen,

[22] Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7.9.2007, BT-Drs. 16/6308, S. 188.

und zwar in der (verfehlten) Annahme, auf diese Weise das Beste an Kindesschutz für das jeweils betroffene Kind erreichen zu können.

Dem steht freilich in rechtlicher Hinsicht die Verpflichtung des *Jugendamts* entgegen, von den ihm mit der *Beteiligtenstellung* vom Gesetzgeber eingeräumten Rechten nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Behörde *muss das* ihr *eingeräumte Ermessen auch tatsächlich ausüben* und darf entsprechende Überlegungen – gleichwohl aus welchem Grund – nicht unterlassen.[23] Die jugendamtliche Praxis in Bezug auf § 162 Abs. 2 Satz 1 FamFG dürfte deshalb weitgehend auf einen *Ermessensnichtgebrauch* hinauslaufen, der nämlich dann anzunehmen ist, wenn die Behörde einen ihr durch das Gesetz vorgegebenen Ermessensspielraum überhaupt nicht erkennt und deshalb auch keine Überlegungen hinsichtlich des ihr zustehenden Spielraums anstellt.[24]

Gleiches – in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht – gilt für das dem Jugendamt vom Gesetzgeber – freilich in Kinderschutzverfahren und Elternkonfliktverfahren gleichermaßen, nämlich in allen die Person des Kindes betreffenden Kindschaftssachen (§ 162 Abs. 3 Satz 2 FamFG) – eingeräumte Beschwerderecht.[25]

IV. Entscheidungsmaßstab und Beweisfragen

Häufig wird von den Familiengerichten und auch von den anderen Akteuren (Jugendamt, Verfahrensbeistand, Verfahrensbevollmächtigte der Eltern) des familiengerichtlichen Kinderschutzverfahrens verkannt, dass hier ein anderer Entscheidungsmaßstab als in Elternkonfliktverfahren gilt. In Verfahren nach § 1671 BGB etwa ist der Maßstab, welche Gestaltung des elterlichen Sorgerechts (Beibehaltung der gemeinsamen Sorge, teilweise Alleinsorge, vollständige Alleinsorge?) *dem Wohl des Kindes am besten* dient.

Demgegenüber gehört es nach ständiger Rechtsprechung sowohl des BVerfG als auch des BGH *nicht* zur Ausübung des in §§ 1666, 1666a BGB geregelten staatlichen Wächteramts, gegen den Willen der Eltern für eine *bestmögliche Förderung* der Fähigkeiten des Kindes zu sorgen. Um eine Trennung des Kindes von den Eltern zu

[23] HK-VerwR/*Schwarz*, 5. Aufl. 2021, § 114 Rn. 45.
[24] *Martin Kment/Sebastian Vorwalter*, Beurteilungsspielraum und Ermessen, JuS 2015, S. 193, 199.
[25] Dazu jüngst OLG Saarbrücken NZFam 2021, S. 564.

rechtfertigen, muss das elterliche Fehlverhalten ein solches Ausmaß erreichen, dass das Kind bei den Eltern in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet wäre. Die Annahme einer nachhaltigen Gefährdung des Kindes setzt voraus, dass bereits ein *Schaden des Kindes eingetreten* ist oder sich eine *erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen* lässt.[26] Aus Art. 6 Abs. 2 und 3 GG ergibt sich darüber hinaus das Gebot, die dem Kind drohenden *Schäden ihrer Art, Schwere und Eintrittswahrscheinlichkeit nach konkret zu benennen*. Dem werden die Familiengerichte nicht gerecht, wenn sie ihren Blick nur auf die Verhaltensweisen der Eltern lenken, ohne die sich daraus ergebenden schwerwiegenden Konsequenzen für die Kinder darzulegen.[27] Auch sind die *negativen Folgen einer Trennung* des Kindes von den Eltern und einer Fremdunterbringung zu berücksichtigen und müssen durch hinreichend gewisse Aussicht auf Beseitigung der festgestellten Gefahr aufgewogen werden (Vermeidung sog. sekundärer Kindeswohlgefährdung).[28]

Dieser Entscheidungsmaßstab muss sich richtigerweise im Falle der Einholung eines Sachverständigengutachtens im Kinderschutzverfahren in den *Beweisfragen* wiederfinden. Die Beweisfragen müssen anhand der dargestellten Kriterien der Rechtsprechung von BGH und BVerfG fall-individuell und kind-individuell formuliert werden.[29]

V. Beendigung des Verfahrens

Die Ausgestaltung des Kinderschutzverfahrens als Amtsverfahren hat nicht nur Bedeutung für die Frage der Einleitung, sondern auch für die Frage der Beendigung des Verfahrens.

Das *Elternkonfliktverfahren* kann durch *Antragsrücknahme* gemäß § 22 Abs. 1 FamFG (etwa des Antrags auf Übertragung der Alleinsorge gemäß § 1671 Abs. 1 BGB) oder

---

[26] BGH NJW-RR 2016, S. 1089; BVerfG NZFam 2021, S. 212; BVerfG NJW 2015, S. 223.
[27] BVerfG NJW 2015, S. 223; BVerfG FamRZ 2020, S. 1562.
[28] BVerfG FF 2014, S. 295. Dazu Schwab/Ernst/*Schäder*, Handbuch Scheidungsrecht, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn. 236.
[29] Im Einzelnen Ernst/Lohse/*Ernst*, Praxishandbuch Familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 10 Rn. 289 ff.

übereinstimmende Beendigungserklärung beendet werden. Erzielen die Eltern und die weiteren Beteiligten eines Verfahrens über den Umgang oder die Herausgabe des Kindes Einvernehmen, ist gemäß § 156 Abs. 2 FamFG die einvernehmliche Regelung als *Vergleich* aufzunehmen und das Verfahren gegebenenfalls durch gerichtlich gebilligten Vergleich zu beenden.[30]

Kinderschutzverfahren können dagegen weder durch Antragsrücknahme (weil sie nicht auf Antrag eingeleitet werden) noch durch übereinstimmende Beendigungserklärung noch durch Vergleich beendet werden (§§ 22 Abs. 4, 156 Abs. 2 FamFG). Insbesondere ist in Kinderschutzverfahren nach §§ 1666 f. BGB eine Verfahrenserledigung durch einen nach § 156 Abs. 2 FamFG gerichtlich gebilligten Vergleich ausgeschlossen.[31] Vielmehr können Kinderschutzverfahren nach den §§ 1666 f. BGB stets nur durch richterliche Sachentscheidung beendet werden, und zwar auch dann, wenn familiengerichtliche Maßnahmen nicht veranlasst sind (§ 166 Abs. 3 FamFG: „Sieht das Familiengericht von einer Maßnahme nach §§ 1666 ff. BGB ab, soll es seine *Entscheidung* [….]"). Auch amtswegig eingeleitete Umgangsverfahren können weder durch Antragsrücknahme noch durch übereinstimmende Beendigungserklärung beendet werden.[32]

Dies schließt in Verfahren nach den §§ 1666 f. BGB eine einvernehmliche Gefährdungsabwendung nicht aus. Die Möglichkeiten einer solchen einvernehmlichen Gefährdungsabwendung auszuloten, gebieten die Bestimmung des § 157 FamFG und der verfassungsrechtliche Gefährdungsabwendungsprimat der Eltern.[33] Im Terminsvermerk (§ 28 Abs. 4 FamFG) kann dann festgehalten werden, dass die Eltern sich zur Inanspruchnahme von (näher zu bezeichnenden) Hilfen verpflichten und das Jugendamt familiengerichtliche Maßnahmen deshalb nicht für erforderlich hält. *Auf keinen Fall* (nie!) kann ein *Vergleich* oder eine *Vereinbarung* (etwa des Jugendamts mit den Eltern) das Verfahren beenden. Der Verfahrensgegenstand eines Kinderschutzverfahrens ist der Disposition der Beteiligten entzogen und einem Vergleich oder einer Vereinbarung nicht zugänglich. Auch wenn Eltern, Jugendamt und Verfahrensbeistand sich auf eine einvernehmliche Gefährdungsabwendung verständigt

[30] Dazu BGH FF 2020, S. 113.
[31] OLG Düsseldorf FamRZ 2022, S. 471.
[32] OLG Frankfurt a. M. NZFam 2022, S. 225; OLG Köln FamRZ 2022, S. 369.
[33] Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2020, § 1666 BGB Rn. 260.

haben, muss sich das Familiengericht die instanzabschließende Schlussprüfung vorbehalten, ob zur vollen richterlichen Überzeugung feststeht, dass durch das erzielte Einvernehmen die Kindeswohlgefahr effektiv abgewendet werden kann. Keinesfalls ist das Familiengericht in irgendeiner Weise an die von Eltern, Jugendamt und Verfahrensbeistand gefundene Lösung gebunden.[34]

VI. Grundsätzlich kein isoliertes Verfahren der einstweiligen Anordnung in Kinderschutzverfahren

Die familienrichterliche Pflicht, ein Kinderschutzverfahren von Amts wegen einzuleiten, bezieht sich nicht nur auf das Hauptsacheverfahren, sondern auch auf das Verfahren der einstweiligen Anordnung. Der Gesetzgeber hat dies in § 157 Abs. 3 FamFG zusätzlich verdeutlicht.

In der Praxis ist mitunter zu beobachten, dass – etwa auf eine Anregung des Jugendamts hin – der Familienrichter ausschließlich ein Verfahren der einstweiligen Anordnung einleitet, nicht aber zugleich auch ein Hauptsacheverfahren.

Zwar bedarf die einstweilige Anordnung nach ihrer Grundkonzeption nicht eines gleichzeitigen Hauptsacheverfahrens; der Gesetzgeber des FamFG wollte die notwendige Verbindung mit einem Hauptsacheverfahren vielmehr gerade auflösen (Wegfall der Akzessorietät)[35] und einen hauptsacheunabhängigen einstweiligen Rechtsschutz einführen.[36] Allerdings hat das Gericht in Amtsverfahren die Pflicht zu überprüfen, ob die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens von Amts wegen erforderlich ist.[37]

---

[34] Zu der gesonderten und streitigen (überwiegend verneinten) Frage, ob auch in Verfahren nach den §§ 1666 f. BGB eine Einigungsgebühr gemäß Nr. 1000, 1003 VV-RVG anfällt: verneinend OLG Brandenburg NZFam 2019, S. 594; OLG Düsseldorf RPfleger 2017, S. 592; OLG Koblenz, 10.10.2014 – 7 WF 859/14; OLG Hamm MDR 2014, S. 37; bejahend OLG Karlsruhe NJW 2019, S. 2948.

[35] MüKoFamFG/*Soyka*, 3. Aufl. 2018, vor § 49 Rn. 1–3.

[36] Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. 16/6308, S. 164, 167.

[37] Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. 16/6308, S. 199.

In *Kindesschutzsachen* dürfte jedoch *in aller Regel ein Hauptsacheverfahren einzuleiten* sein, weil – abgesehen etwa von punktuellen Eingriffen in die elterliche Sorge z.B. durch Ersetzung einer Erklärung des Inhabers der elterlichen Sorge nach § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB[38] – die in Betracht kommenden Maßnahmen gemäß den §§ 1666, 1666a BGB stets von gewisser Dauer sind. Ein Eingriff in die Eltern- und Kindesgrundrechte, der von gewisser Dauer ist, darf aber nicht – wie regelmäßig im Verfahren der einstweiligen Anordnung – auf bloß summarischer Tatsachengrundlage erfolgen.[39]

Zwar kann das Gericht im Allgemeinen, um eine übereilte Aufnahme des Hauptsacheverfahrens zu vermeiden, gemäß § 52 Abs. 1 FamFG mit dem Erlass der einstweiligen Anordnung eine Frist von bis zu drei Monaten bestimmen, vor deren Ablauf ein Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens unzulässig ist. Für den Bereich der Kindesschutzsachen ist jedoch aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen die vereinzelt vertretene Auffassung[40] abzulehnen, eine solche Fristbestimmung komme insbesondere in den Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB in Betracht, wenn das Kind aus der Familie des sorgeberechtigten Elternteils bzw. der sorgeberechtigten Eltern genommen worden ist und zunächst eine gewisse Phase der Ruhe abgewartet werden soll, um zuverlässige Grundlagen für eine endgültige Entscheidung zu schaffen.

Während der im Verfahren der einstweiligen Anordnung erlassene Beschluss in der Beschwerdeinstanz anhängig ist, muss das anhängige Hauptsacheverfahren (vorrangig und beschleunigt) weiter durchgeführt werden. Ist ein Hauptsacheverfahren noch nicht anhängig, muss es von Amts wegen eingeleitet werden. Die anzutreffende Praxis, dass das Amtsgericht nach Beschwerdeeinlegung gegen die einstweilige Anordnung das Hauptsacheverfahren nicht betreibt (also faktisch aussetzt), um die Beschwerdeentscheidung im Verfahren der einstweiligen Anordnung abzuwarten, ist *rechts- und verfassungswidrig*. Diese *„Testballon"-Praxis* ist nicht mit Sinn und Zweck des Verfahrens der einstweiligen Anordnung zu vereinbaren und verstößt

---

[38] OLG Schleswig FamRZ 2018, S. 109 – Schweigepflichtsentbindung bei Einholung eines Sachverständigengutachtens; auch OLG Rostock FamRZ 2017, S. 2015 – Entscheidung über die Zuführung des Kindes zu einer psychologischen Begutachtung ist nicht als Zwischenentscheidung, sondern im selbstständigen Verfahren der einstweiligen Anordnung zu treffen.
[39] Siehe Ernst/Lohse/*Ernst*, Praxishandbuch Familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 6 Rn. 92 f.
[40] MüKoFamFG/*Soyka*, 3. Aufl. 2018, § 52 Rn. 3.

sowohl gegen die Bestimmung des § 155 Abs. 1 FamFG als auch gegen das verfassungsrechtliche Gebot, den Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verfahrens sicherzustellen. Denn durch diese „Testballon"-Praxis geht im Hauptsacheverfahren wichtige Zeit verloren; sie führt durch ein faktisches Nacheinanderschalten statt Nebeneinanderbetreiben von Anordnungs- und Hauptsacheverfahren letztlich dazu, dass entgegen den Vorstellungen des Gesetzgebers die einstweilige Anordnung nicht den Kindesschutz bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens sichert, sondern den Abschluss des Hauptsacheverfahrens erheblich verzögert. Es ist Aufgabe des Jugendamts (gehört zu seinem Schutzauftrag) und des Verfahrensbeistands (Wahrnehmung der Interessen des Kindes), dieser rechts- und verfassungswidrigen Praxis entgegenzuwirken.

VII. Einheitlicher Verfahrensgegenstand

Kinderschutzverfahren und Elternkonfliktverfahren können einen einheitlichen Verfahrensgegenstand bilden. Dies betrifft insbesondere die Konstellation, in der das Familiengericht sowohl zu prüfen hat, ob einem Elternteil antragsgemäß nach *§ 1671 BGB* die Alleinsorge zu übertragen ist, als auch von Amts wegen zu prüfen hat, ob für dasselbe Kind familiengerichtliche Maßnahmen gemäß den *§§ 1666, 1666a BGB* zu treffen sind. Beide Prüfungen und Entscheidungen bilden einen einheitlichen Verfahrensgegenstand „elterliche Sorge" (nämlich eine einheitliche Kindschaftssache) im Sinne der §§ 151 Nr. 1 FamFG, 45 Abs. 1 Nr. 1 FamGKG. Es ist in einem einheitlichen Verfahren und in einer einheitlichen Entscheidung darüber zu befinden, welche Entscheidung zur elterlichen Sorge für die Kinder zu treffen ist.[41]

Der Grund dafür liegt zum einen in der Bestimmung des § 1671 Abs. 4 BGB, wonach dem Antrag auf Übertragung der Alleinsorge dann nicht stattzugeben ist, wenn die elterliche Sorge auf Grund anderer Vorschriften (d.h. namentlich nach den

[41] OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2022, S. 267 m. Anm. *Ernst*; OLG Nürnberg FamRZ 2013, S. 1993; OLG Brandenburg FamFR 2010, S. 70 m. Anm. *Ernst*; ausführlich *Thomas Kischkel*, Die Einheitlichkeit des Verfahrensgegenstands in familiengerichtlichen Sorgerechtsverfahren – praktische Relevanz und dogmatische Herleitung, NZFam 2022, S. 107 ff.

§§ 1666 f. BGB)[42] abweichend geregelt werden muss. Unterbleibt diese Prüfung und enthält die instanzbeendende Entscheidung hierzu keine Feststellungen, liegt eine unzulässige Teilentscheidung vor, die auch ohne Antrag eines Beteiligten die Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG rechtfertigt.[43]

Zum anderen gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, im Rahmen der Prüfung nach den §§ 1666 f. BGB als milderes Mittel gegenüber einem Entzug der elterlichen Sorge deren Übertragung auf einen Elternteil allein in den Blick zu nehmen. Eine Entscheidung nach den §§ 1666 f. BGB erübrigt sich, wenn mit der Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil die Gefahr für das Kindeswohl abgewendet werden kann.[44]

Diese in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte schon seit langem einhellige Auffassung[45] hat nun das OLG Frankfurt a. M. bestätigt. Zu Recht weist das OLG Frankfurt a. M. auf den weiteren Gesichtspunkt hin, dass zudem bei Aufteilung beider Prüfungen auf zwei Verfahren die Gefahr widerstreitender Entscheidungen besteht.

In der familiengerichtlichen Praxis ist dabei Folgendes zu beachten:[46]

Ergeben sich die Anhaltspunkte zur Prüfung kindesschutzrechtlicher Maßnahmen nach den §§ 1666 f. BGB (auf Anregung des Jugendamts oder auf anderem Wege) im Rahmen eines auf Antrag eines Elternteils nach § 1671 BGB eingeleiteten Verfahrens, hat das Familiengericht die Beteiligten nach § 28 Abs. 1 FamFG darauf hinzuweisen, dass auch eine Prüfung gemäß den §§ 1666 f. BGB stattfindet. Das Jugendamt ist darauf hinzuweisen, dass es nicht mehr nur anzuhören (§ 162 Abs. 1 Satz 1 FamFG), sondern beteiligt ist (§ 162 Abs. 2 Satz 1 FamFG).

---

[42] OLG Nürnberg FamRZ 2013, S. 1993.
[43] OLG Naumburg FuR 2012, S. 150; OLG Nürnberg FamRZ 2013, S. 1993.
[44] OLG Hamm NZFam 2017, S. 629; OLG Brandenburg FamFR 2010, S. 70 m. Anm. *Ernst*.
[45] Mit Zustimmung in der Literatur, bspw. MüKoBGB/*Hennemann*, 8. Aufl. 2020, § 1671 Rn. 160; Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2020, § 1671 Rn. 278 und 20; Grüneberg/*Götz*, 81. Aufl. 2022, § 1671 Rn. 53; Erman/*Döll*, 16. Aufl. 2020, § 1671 Rn. 35; Johannsen/Henrich/Althammer/*Lack*, 7. Aufl. 2020, § 1671 BGB Rn. 95; Schnitzler/*Lang*, Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 284. Soweit ersichtlich einzige kritische Stimme aus der Literatur: *Torsten Obermann*, Elterliche Sorge als einheitlicher Verfahrensgegenstand, NZFam 2021, S. 1030, sowie FamRZ 2022, S. 997.
[46] Siehe *Rüdiger Ernst*, Anm. zu OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2022, S. 269.

Kommt umgekehrt im Rahmen eines von Amts wegen eingeleiteten Verfahrens nach den §§ 1666 f. BGB als milderes Mittel die Übertragung der Alleinsorge auf einen Elternteil in Betracht und hat dieser noch keinen Antrag nach § 1671 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt, hat das Familiengericht gemäß § 28 Abs. 2 FamFG auf einen solchen sachdienlichen Antrag hinzuwirken.

Sieht das FamFG für Antragsverfahren gemäß § 1671 BGB einerseits und für Offizialverfahren gemäß den §§ 1666 f. BGB andererseits unterschiedliche Bestimmungen vor, gilt die jeweils ärgere Bestimmung. Es gelten insbesondere § 158 Abs. 2 Nr. 1 FamFG (zwingende Bestellung eines Verfahrensbeistands), § 159 Abs. 2 Sätze 2 und 3 FamFG (zwingende persönliche Anhörung des Kindes bzw. Verschaffung eines persönlichen Eindrucks, es sei denn, es liegt ein schwerwiegender Grund im Sinne von § 159 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FamFG vor) und § 68 Abs. 5 Nr. 1 FamFG (in der Beschwerdeinstanz keine Übertragung auf den Einzelrichter und kein Absehen von der Durchführung eines Termins sowie der persönlichen Anhörung des Kindes).

Der Beschluss in einem solchen einheitlichen Verfahren sollte sich möglichst auch in der Beschlussformel zu beiden Punkten verhalten, also bspw. „Die elterliche Sorge wird dem Vater allein übertragen. Kindesschutzrechtliche Maßnahmen[47] sind nicht veranlasst.“ Oder: „Den Eltern wird die elterliche Sorge entzogen. Vormundschaft wird angeordnet. Als Vormund wird X ausgewählt. Der Antrag des Vaters, ihm die elterliche Sorge allein zu übertragen, wird zurückgewiesen.“

Ist beim Beschwerdegericht eine Hauptsache nach § 1671 BGB anhängig, ist das Amtsgericht für ein Verfahren der einstweiligen Anordnung nach den §§ 1666 f. BGB unzuständig (§ 50 Abs. 1 Satz 2 FamFG).[48] Gleiches gilt, wenn beim Beschwerdegericht eine Hauptsache nach den §§ 1666 f. BGB anhängig ist, für ein Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 1671 BGB.

[47] Zum Begriff siehe § 166 Abs. 2 FamFG.

[48] So – ohne ausdrückliche Erörterung der Zuständigkeit – die Konstellation bei OLG Brandenburg COVuR 2020, S. 255.

VIII. Gesetzliche Neuregelungen zum 1.7.2021[49]

Mit dem *Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder*[50] hat der Gesetzgeber die verfahrensrechtliche Differenzierung zwischen Kinderschutzverfahren und Elternkonfliktverfahren weiter ausgebaut.

Die Bestellung eines *Verfahrensbeistands* ist nicht nur in der Regel, sondern *stets erforderlich*, wenn die teilweise oder vollständige Entziehung der Personensorge nach den §§ 1666 f. BGB, der Ausschluss des Umgangsrechts nach § 1684 Abs. 4 BGB oder eine Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 oder 1682 BGB in Betracht kommt.

In den genannten Verfahren kann das *Beschwerdegericht* nicht von der Durchführung eines Termins oder einzelner Verfahrenshandlungen absehen; es kann die Beschwerde auch nicht einem seiner Mitglieder zur Entscheidung als Einzelrichter übertragen (§ 68 Abs. 5 FamFG).[51]

Von der *persönlichen Anhörung des Kindes* und der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks kann das Familiengericht in Verfahren nach den §§ 1666 f. BGB nur dann absehen, wenn ein schwerwiegender Grund (§ 159 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FamFG) vorliegt, nicht aber aus den unter § 159 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2-4 genannten Gründen: § 159 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 FamFG ist in Verfahren nach den §§ 1666 f. BGB, die die Person des Kindes betreffen, nicht anzuwenden; das Gericht hat sich in diesen Verfahren einen persönlichen Eindruck von dem Kind auch dann zu verschaffen, wenn das Kind offensichtlich nicht in der Lage ist, seine Neigungen und seinen Willen kundzutun (§ 159 Abs. 2 Sätze 2 und 3 FamFG).[52]

---

[49] *Gudrun Lies-Benachib*, Ein Paukenschlag im Kindschaftsverfahren? FF 2021, S. 430; *Rüdiger Ernst*, Das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, FamRZ 2021, S. 993.
[50] Gesetz vom 1.7.2021, BGBl. I, S. 1810.
[51] Siehe *Julie Strube*, Änderungen für das Beschwerdeverfahren in Kindschaftssachen durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, NZFam 2021, S. 901; *Alexander Witt*, Änderungen im familiengerichtlichen Beschwerdeverfahren durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, FamRZ 2021, S. 1510.
[52] Siehe *Thomas Kischkel*, Die Reform der Kindesanhörung nach § 159 FamFG – Auswirkungen auf die Praxis, FamRZ 2021, S. 1595.

Das Kind im Zentrum des Verfahrens

Isabell Götz

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2022-2180

I. Aufgabenstellung

Mit einem Vortrag[1] zum Titel „Das Kind im Zentrum des Verfahrens“ könnte ein ganzer Tag bestritten werden. Beginnend mit der UN-KRK über die Rechtsprechung des BVerfG bis hin zu der Frage, wie man das Verfahren gestaltet, dass es den Bedürfnissen eines Kindes gerecht wird. Zu einer kindgerechten Justiz oder – enger gefasst – einer kindgerechten Verfahrensgestaltung im Familienrecht gibt es zahlreiche zum Teil schon vorliegende, zum Teil noch in der Ausarbeitung befindliche Empfehlungen und Handreichungen.[2] Mein Auftrag lautet allerdings, einen „Vortrag aus der Praxis“ zu halten. Deshalb werde ich keine Zusammenfassung dieser Empfehlungen geben, die im Zweifelsfall in diesem Kreis ohnehin bestens bekannt sind. Vielmehr werde ich zwischen Theorie und Beispielen aus meiner Praxis wechseln, aus denen sich bestenfalls weitere Fragen ergeben oder gegebenenfalls sogar weiterer Reformbedarf.

II. Einleitung

Nach den Leitlinien des Europarats für eine kindgerechte Justiz sind Beteiligung, Kindeswohl, Würde, Schutz vor Diskriminierung und Rechtsstaatlichkeit als Grundprinzipien zu beachten.[3] Die verfahrensrechtliche Subjektstellung des Kindes, das sich als eigenständige Person ernst genommen fühlen soll, wird primär durch dessen persönliche Anhörung gestärkt. Die Berücksichtigung der Individualität des Kindes als Grundrechtsträger stellt dabei bestimmte Anforderungen auch

[1] Die Vortragsform wurde beibehalten und um Fußnoten ergänzt; aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird nur die männliche Form verwendet, jedoch sind damit selbstverständlich auch alle Kolleginnen an den Familiengerichten, in der Anwaltschaft und unter den Verfahrensbeiständen gemeint. Die in diesem Beitrag zitierten Online-Quellen wurden zuletzt abgerufen am 21.10.2022.

[2] https://www.dkhw.de/kernforderungen/kindgerechte-justiz; siehe auch das Modellprojekt „Gute Kinderschutzverfahren“: https://www.uniklinik-ulm.de/kinder-und-jugendpsychiatriepsychotherapie/sektionen-und-arbeitsgruppen/arbeitsgruppe-wissenstransfer-dissemination-e-learning/gute-kinderschutzverfahren.html.

[3] Europarat, Leitlinien des Ministerkomitees des Europarats für eine kindgerechte Justiz vom 17.11.2010, 2012, S. 17.

an die Gestaltung des kindschaftsrechtlichen Verfahrens, in dem das Kind die Möglichkeit erhalten muss, seine persönlichen Beziehungen zu den Eltern erkennbar werden zu lassen.[4] Dem Familiengericht wird durch die Anhörung ein persönlicher Eindruck von dem Kind vermittelt, insbesondere von dessen Neigungen und Bindungen, der als Grundlage der materiell-rechtlichen Kindeswohlprüfung unerlässlich ist. Insoweit dient die Anhörung des Kindes auch der gemäß § 26 FamFG gebotenen Sachaufklärung. Hat der vom Kind geäußerte Wille bei kleineren Kindern vornehmlich Erkenntniswert hinsichtlich ihrer persönlichen Bindungen, so gewinnt er mit zunehmendem Alter Bedeutung auch als Ausdruck der verfassungsrechtlich zu achtenden Selbstbestimmung des Kindes.[5]

Jeder Praktiker kennt allerdings auch das Problem der Einflussnahme auf das Kind durch einen Elternteil, insbesondere wenn das (vor allem jüngere) Kind die Tage vor der Anhörung bei ihm verbracht hat. Nicht unbedeutend ist zudem, von wem es zur Anhörung gebracht wird.[6] Manchmal machen es die Kinder dem Familienrichter aber auch leicht.

Erstes Beispiel aus der Praxis: „Sternstunde" im Familiengericht
Ein 6-Jähriger erscheint zur Anhörung am Amtsgericht. Er betritt ohne Scheu das Richterzimmer und es entspinnt sich zunächst ein Gespräch über die Robe, die über dem Stuhl hängt. Der Junge hat schon einmal einen Film mit der Richterin Barbara Salesch gesehen und fand sie cool. Als sich das Gespräch dem eigentlichen Thema zuwendet, wird er schlagartig stumm und blass. Nach mehreren Fragen, was denn sei und ob er sich nicht wohlfühle, antwortet er leise: „Doch, ich habe nur vergessen, was ich sagen soll." Aufgefordert dazu, mir doch einfach seine Wünsche mitzuteilen, wurde der Junge sehr schnell wieder gesprächig und äußerte erstaunlich klare Vorstellungen. Diese waren im Anschluss die Basis für eine Vereinbarung der Eltern.

---

[4] BVerfG FamRZ 2010, S. 1622; BVerfG FamRZ 2007, S. 105.
[5] BVerfG FamRZ 2015, S. 1093; BGH FamRZ 2020, S. 252.
[6] *Katharina Bublath/Anja Kannegießer/Joseph Salzgeber*, Hinweise für das Gespräch mit dem Kind im familiengerichtlichen Verfahren, NZFam 2021, S. 477, 480.

III. Rechtliche Grundlagen der persönlichen Anhörung des Kindes gemäß § 159 FamFG[7]

§ 159 Abs. 1 FamFG in der Fassung des *Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder*[8] sieht vor, dass das Familiengericht das Kind persönlich anzuhören und sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind zu verschaffen hat. Eine Altersgrenze für eine persönliche Anhörung enthält die Vorschrift – im Gegensatz zur Vorgängerfassung – nicht. Wesentlich Neues bringt der Wegfall der Altersgrenze für die Familiengerichte allerdings nicht.[9] Schon nach der früheren Fassung, die eine Pflicht zur persönlichen Anhörung explizit erst ab dem 14. Lebensjahr vorsah, bestand Übereinstimmung, dass auch ein jüngeres Kind persönlich anzuhören ist, wenn seine Neigungen, Bindungen oder sein Wille für die Entscheidung von Bedeutung sind[10] oder wenn dies aus sonstigen Gründen angezeigt war, etwa weil zur Feststellung des Sachverhalts dem Familiengericht die Verschaffung eines unmittelbaren persönlichen Eindrucks von dem Kind geboten erschien.[11] Grundsätzlich waren daher auch nach alter Rechtslage Kinder ab einem Alter von etwa drei Jahren anzuhören, da sie ab diesem Alter in der Lage sind – direkt oder indirekt – ihre Bedürfnisse und Wünsche, aber auch Gefühle und Ängste zum Ausdruck zu bringen.[12]

Die Pflicht des Familiengerichts zur persönlichen Anhörung des Kindes besteht im Hauptsacheverfahren und im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 51 Abs. 2 S. 1 FamFG). Ob auch eine Anhörungspflicht im Vollstreckungsverfahren besteht, wird uneinheitlich beurteilt.[13] Da nach der Rechtsprechung des BGH im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens eine Kindeswohlprüfung in der

---

[7] Von der Darstellung der Kindesanhörung auch in anderen Verfahren (Unterbringung, Adoption) wird abgesehen.
[8] Vom 16.6.2021, BGBl. I, S. 1810.
[9] *Rüdiger Ernst*, Das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, FamRZ 2021, S. 993, 997.
[10] BGH FamRZ 2020, S. 252.
[11] Keidel/*Engelhardt*, 20. Aufl. 2020, § 159 Rn. 9.
[12] BVerfG FamRZ 2010, S. 1622; BGH FamRZ 2019, S. 115; BGH FamRZ 2016, S. 1439.
[13] Vgl. MüKoFamFG/*Schumann*, 3. Aufl. 2018, § 159 Rn. 3 (bejahend); Heilmann/*Heilmann*, 2. Aufl. 2020, § 159 FamFG Rn. 8 (verneinend); zur Zusammenstellung des Meinungsstreits vgl. Dutta/Jacoby/Schwab/*Lack*, 4. Aufl. 2022, § 159 Rn. 6.

Regel nicht mehr erfolgt,[14] spricht viel gegen eine regelhafte Kindesanhörung im Vollstreckungsverfahren. Allerdings kann sie im Rahmen eines Ordnungsgeldverfahrens durchaus einmal sinnvoll sein, etwa wenn auf der Basis eines schon älteren Titels zahlreiche Ordnungsgeldverfahren geführt werden, im Rahmen derer die Mutter stets einwendet, die bei ihr lebenden, inzwischen schon älteren Kinder würden sich weigern, den Umgang wahrzunehmen.[15]

Die Kindesanhörung kann weder durch die Anhörung der Eltern ersetzt werden[16] noch durch die Anhörung des Kindes durch den Verfahrensbeistand.[17] Auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens entbindet das Familiengericht nicht von der persönlichen Anhörung des Kindes, zumal der persönliche Eindruck dem Gericht gerade auch eine kritische Prüfung des Gutachtens ermöglicht.[18] Auch im Fall der Geschäftsunfähigkeit eines älteren Kindes entfällt die Anhörungspflicht nicht generell,[19] in diesem Fall ist es vielmehr geboten, sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind zu verschaffen.[20] § 159 Abs. 1 FamFG erwähnt diese Pflicht nunmehr ausdrücklich.

IV. Absehen von der persönlichen Anhörung

Die persönliche Anhörung und die Verschaffung eines persönlichen Eindrucks gemäß § 159 Abs. 1 FamFG sind zwingend. Von ihnen kann nur unter den Voraussetzungen des § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 4 FamFG abgesehen werden, der die Ausnahmen abschließend regelt.[21]

---

[14] BGH FamRZ 2015, S. 2147.
[15] Vgl. dazu auch das 11. Beispiel aus der Praxis.
[16] BGH FamRZ 2016, S. 1439.
[17] Zur Ausnahme beim Kleinkind: BVerfG FamRZ 2007, S. 105; BVerfG FamRZ 2009, S. 1472.
[18] BGH FamRZ 2016, S. 2082.
[19] Dutta/Jacoby/Schwab/*Lack*, 4. Aufl. 2022, § 159 Rn. 19; anders Bumiller/Harders/*Schwamb*, 12. Aufl. 2019, § 159 Rn. 5.
[20] Vgl. zum Betreuungsrecht BGH FamRZ 2018, S. 1602: Nutzung auch nonverbaler Kommunikationsmöglichkeiten; BGH FamRZ 2021, S. 222: Anhörung kann unterbleiben, wenn Betroffener nicht in der Lage ist, seinen Willen kundzutun und das Gericht sich einen noch aktuellen persönlichen Eindruck verschafft hat.
[21] BT-Drs. 19/23707, S. 57.

1. Vorliegen eines schwerwiegenden Grundes, § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG

Wie bereits nach § 159 Abs. 3 S. 1 FamFG a.F. kann das Familiengericht von der persönlichen Anhörung eines Kindes absehen, wenn ein schwerwiegender Grund dafür vorliegt.[22] Erforderlich ist insoweit eine Abwägung zwischen der möglichen Belastung des Kindes durch die Anhörung und deren voraussichtlichem Beitrag zur Sachaufklärung im Verfahren. Schwerwiegende Gründe im Sinne von § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG sind mithin gegeben, wenn ausnahmsweise die zu erwartenden physischen, psychischen und seelischen Belastungsmomente für das Kind schwerer wiegen als das unmittelbare rechtliche Gehör und die zu erwartende Sachverhaltsaufklärung, die dann gegebenenfalls durch Dritte (Jugendamt, Sachverständiger) herbeigeführt werden kann. Je bedeutsamer der Verfahrensgegenstand für das Kind ist, desto gewichtiger ist allerdings auch die Pflicht zur persönlichen Anhörung.[23] Die mit der persönlichen Anhörung generell verbundene Belastung allein ist kein Grund für ein Absehen von der persönlichen Anhörung des Kindes.[24] Ein schwerwiegender Grund, der einer persönlichen Anhörung entgegensteht, wäre etwa anzunehmen, wenn das Kind durch die Anhörung aus seinem seelischen Gleichgewicht gebracht würde und eine erhebliche Beeinträchtigung seiner körperlichen oder seelischen Gesundheit zu besorgen wäre.[25] Auch wenn die Anhörung aufgrund des schwerwiegenden elterlichen Konflikts[26] oder einer elterlichen Manipulation oder Einschüchterung des Kindes[27] zu einer erheblichen psychischen Belastung des Kindes führt, kann von einer persönlichen Anhörung abgesehen werden. Die Belastung durch einen durch die Anhörung verursachten Loyalitätskonflikt genügt für sich wiederum nicht, da dieser im kindschaftsrechtlichen Verfahren eher die Regel als die Ausnahme darstellt[28] und eine kindgerechte, einfühlsame Ausgestaltung der Anhörung zudem der Belastung entgegenwirken kann. Gleiches gilt für

---

[22] BT-Drs. 19/23707, S. 57.
[23] BGH FamRZ 2019, S. 115; Musielak/Borth/*Borth*/*Grandel*, 6. Aufl. 2018, § 159 Rn. 5.
[24] BGH FamRZ 2019, S. 115; BGH FamRZ 2016, S. 1439; zur Belastung des Kindes durch die Anhörung generell *Katharina Bublath*/*Anja Kannegießer*/*Joseph Salzgeber*, Hinweise für das Gespräch mit dem Kind im familiengerichtlichen Verfahren, NZFam 2021, S. 477.
[25] BGH FamRZ 2019, S. 115; OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2017, S. 307; siehe auch OLG Hamm FamFR 2012, S. 93 zum stationär behandelten 16-jährigen Kind, das gegenüber dem Sachverständigen und dem Verfahrensbeistand wiederholt den Wunsch zum Ausdruck brachte, nicht in den elterlichen Streit einbezogen zu werden.
[26] OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2018, 43191.
[27] OLG Braunschweig FamRZ 2019, S. 119, bestätigt durch BGH FamRZ 2019, S. 115.
[28] *Iven Köhler*, Anm. zu BGH FamRZ 2019, S. 115, FamRZ 2019, S. 118.

die Anwesenheit des Verfahrensbeistands und damit einer dem Kind bereits bekannten Person.

Zweites Beispiel aus der Praxis: Das todkranke Kind
In einem auf Anregung des Jugendamts eingeleiteten Kinderschutzverfahren war den Eltern die elterliche Sorge für ihren 17-jährigen Sohn entzogen worden, weil sie sich nicht hinreichend um dessen gesundheitliche Belange gekümmert haben sollen. Der Jugendliche wog bei einer Größe von 180 cm nur 45 kg, war auf einen Liegend-Rollstuhl und ständige Sauerstoffzufuhr angewiesen und hatte eine Morphiumpumpe wegen massiver dauerhafter Schmerzen. Die Ursache der Krankheit war nicht bekannt. Fest stand, dass der Jugendliche in absehbarer Zeit sterben würde. Der Senat wollte von einer Anhörung aus schwerwiegendem Grund absehen. Der Anwalt, den die Eltern für ihren Sohn bestellt hatten, teilte jedoch mit, dass sein Mandant angehört werden will. Daraufhin ist die Anhörung erfolgt. Der junge Mann, den der Ergänzungspfleger bereits nach dem letzten Krankenhausaufenthalt in den elterlichen Haushalt zurückgeführt hatte, schilderte, dass er nach der Krankenhausentlassung beschlossen habe, kein Krankenhaus mehr aufzusuchen, er sei austherapiert und wolle zu Hause sterben. Er fühle sich dort bestens versorgt, freue sich an seinen Geschwistern und seinen Freunden. Auch bei seinem letzten Krankenhausaufenthalt seien es abwechselnd seine Eltern und seine Geschwister gewesen, die ihn gewaschen, gewickelt und gepflegt hätten. Die Krankenschwester habe ihn hingegen, als Freunde mit Pizza und Cola vorbeigekommen sind, darauf hingewiesen, dass Pizza und Cola ungesund seien. Der Jugendliche musste bei der Schilderung dieser absurden Situation so lachen, dass die Anhörung ein paar Minuten unterbrochen werden musste, bis er wieder zu Atem gekommen war. Der Senat hat die amtsgerichtliche Entscheidung unmittelbar nach der Anhörung der Eltern, des Ergänzungspflegers und des Jugendamts, das sich auf die Frage nach der Kindeswohlgefährdung weitgehend ratlos zeigte, aufgehoben.

2. Fehlende Fähigkeit des Kindes, seine Neigungen und seinen Willen zu äußern, § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 FamFG

Der Ausnahmetatbestand des § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 FamFG betrifft vor allem Säuglinge und Kleinstkinder, die alters- und entwicklungsbedingt nicht fähig sind, ihre Neigungen und ihren Willen mitzuteilen. Daneben können auch Kinder mit erheblichen Behinderungen oder schwer und voraussichtlich noch länger erkrankte

Kinder unter diese Fallgruppe fallen.[29] Beachtet werden muss allerdings, dass § 159 Abs. 1 FamFG in seiner neuen Fassung neben der Pflicht zur Anhörung nun auch explizit die Pflicht des Familiengerichts enthält, sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind zu verschaffen. Diese neue, eigenständige Aufgabe wird bei Kindern, mit denen ein Gespräch noch nicht möglich ist, als einfache visuelle Überprüfung des Kindes und seines Verhaltens angenommen, die es ermöglicht, Rückschlüsse auf seinen Zustand und seine Wünsche und Bindungen zu ziehen.[30] Als Zweck dessen wird, wenn – wie in der Regel – Jugendamt und Verfahrensbeistand das Kind bereits gesehen haben, die Verbesserung der Kontrolldichte angenommen durch Verifizierung und Aktualisierung der Feststellungen des Jugendamts und des Verfahrensbeistands.[31] Daher müssen nun auch Kinder unter drei Jahren jedenfalls „in Augenschein" genommen werden, um diesen Eindruck zu erlangen. Dabei kann es nicht nur notwendig, sondern auch sinnvoll sein, sie zur Feststellung von Bindungen in Anwesenheit eines Beteiligten zu beobachten.[32]

3. Fehlende Bedeutung der Neigungen, Bindungen und des Willens des Kindes für die Entscheidung, § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 FamFG

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zur Kindesanhörung müssen Entscheidungen über Elternkonflikte, die sich auf die Zukunft des Kindes auswirken, die Individualität des Kindes als Grundrechtsträger und daher auch seinen Willen mitberücksichtigen, soweit dies mit seinem Wohl vereinbar ist.[33] Dies gilt auch nach der Neuregelung des § 159 FamFG uneingeschränkt fort,[34] so dass eine persönliche Anhörung des Kindes in den meisten Kindschaftssachen zwingend notwendig bleibt. Kommt es im Einzelfall auf die Neigungen, Bindungen oder den Willen des

---

[29] *Rüdiger Ernst*, Das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, FamRZ 2021, S. 993, 998.
[30] *Thomas Kischkel*, Die Reform der Kindesanhörung nach § 159 FamFG – Auswirkungen auf die Praxis, FamRZ 2021, S. 1595, 1597: defizitäre Ernährung, pflegerische oder hygienische Vernachlässigung, körperliche Verletzungen, Verhaltensauffälligkeiten, Entwicklungsverzögerungen, Anzeichen einer Deprivation.
[31] *Thomas Kischkel*, Die Reform der Kindesanhörung nach § 159 FamFG – Auswirkungen auf die Praxis, FamRZ 2021, S. 1595, 1597.
[32] OLG Braunschweig FamRZ 2021, S. 195 zu einem Verfahren nach § 1685 Abs. 2 BGB.
[33] BVerfG FamRZ 2020, S. 1579.
[34] BT-Drs. 19/23707, S. 57: Neuregelung entspricht § 159 Abs. 2 FamFG a.F.

Kindes allerdings zuverlässig nicht an, kann ausnahmsweise von der persönlichen Anhörung abgesehen werden.[35]

§ 159 Abs. 2 S. 2 und 3 FamFG enthält jedoch eine wesentliche Rückausnahme zu Abs. 2 S. 1 Nr. 3 FamFG: In Kinderschutzverfahren nach §§ 1666, 1666a BGB ist das Kind stets persönlich anzuhören, wenn das Verfahren – wie in der Regel – die Person des Kindes betrifft. Ist das nicht möglich, weil das Kind noch zu klein oder aus anderen Gründen dazu nicht in der Lage ist, muss sich das Gericht daher zumindest einen persönlichen Eindruck von ihm verschaffen, es sei denn, § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG greift ein.

4. Verfahren, welche die Vermögenssorge des Kindes betreffen, § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 FamFG

Wie bereits nach § 159 Abs. 1 S. 2 FamFG a.F. kann in Verfahren, die ausschließlich die Vermögenssorge betreffen, von einer persönlichen Anhörung abgesehen werden, wenn eine solche nach der Art der Angelegenheit nicht angezeigt ist. Bei einem Absehen von einer persönlichen Anhörung wird allerdings häufig eine schriftliche Anhörung geboten sein.[36]

5. Sonstige Gründe

a) Gefahr im Verzug, § 159 Abs. 3 S. 2 FamFG

Nach § 159 Abs. 3 S. 2 FamFG kann bei Gefahr im Verzug von einer persönlichen Anhörung des Kindes oder der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks abgesehen werden. Unterbleibt eine Anhörung allein aus diesem Grund, ist sie – wie schon nach früherem Recht – unverzüglich nachzuholen. Gefahr im Verzug setzt dabei voraus, dass für die gerichtliche Maßnahme eine derart gesteigerte Dringlichkeit besteht, dass aufgrund der mit der Anhörung des Kindes verbundenen Verzögerung eine Gefährdung des Kindeswohls droht. Diese Voraussetzungen werden in aller Regel nur in Eilverfahren nach §§ 49 ff., 156 Abs. 3, 157 Abs. 3 FamFG vorliegen und auch dort nur bei besonders dringlichen Entscheidungen wie etwa akuten Kindeswohlgefährdungen im Sinne von §§ 1666, 1684 Abs. 4 BGB durch

[35] BVerfG FamRZ 2020, S. 1725: Teilentzug der elterlichen Sorge zur Einwilligung in die Entnahme einer Speichelprobe bei einem 5-jährigen Kind; BGH FamRZ 2020, S. 1197.
[36] Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 159 Rn. 6.

unaufschiebbare ärztliche Behandlungen bei fehlender Einwilligung des Sorgeberechtigten oder der Gefahr der Entführung ins Ausland. Machen es Erkenntnisse aus der nachgeholten Anhörung erforderlich, kann und muss das Familiengericht die getroffene Eilentscheidung gemäß § 54 Abs. 1 S. 3 FamFG von Amts wegen abändern oder aufheben.[37] Der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung gemäß § 155 Abs. 1 FamFG rechtfertigt ein Absehen von der Anhörung nicht.[38]

b) Elternwunsch und Elterneinigung

Der Wunsch der Eltern, von einer Kindesanhörung abzusehen,[39] oder ihr Verzicht auf eine persönliche Anhörung ihres Kindes[40] ist, gleich ob durch echte Fürsorge oder durch Sorge vor den Angaben des Kindes motiviert, kein schwerwiegender Grund im Sinne von § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG und rechtfertigt das Unterlassen der persönlichen Anhörung des Kindes nicht. Das Kind muss vielmehr selbst gegen den Willen der Sorgeberechtigten angehört werden.[41] Dass die Anordnung der Kindesanhörung und die Ladung des Kindes als verfahrensleitende Verfügungen unanfechtbar sind, ist insoweit hilfreich.[42]

Auch die Einigung der Eltern über den Verfahrensgegenstand stellt keinen schwerwiegenden Grund für das Absehen von einer persönlichen Anhörung des Kindes dar, insbesondere wenn Kinder im Alltag vom Ergebnis der Elterneinigung unmittelbar betroffen sind (z.B. Schulwahl in einem Verfahren gemäß § 1628 BGB).[43] Der Praxis, vor einem frühen ersten Erörterungstermin gemäß § 155 Abs. 2 FamFG von einer Anhörung des Kindes abzusehen und diese bei einer elterlichen Einigung im Termin auch nicht nachzuholen, hat der BGH[44] eine eindeutige Absage erteilt.

---

[37] MüKoFamFG/*Schumann*, 3. Aufl. 2018, § 159 Rn. 8 a.E.
[38] KG FamRZ 2009, S. 1428.
[39] BGH FamRZ 2011, S. 796; OLG Oldenburg FamRZ 2010, S. 44.
[40] BGH FamRZ 2011, S. 796.
[41] BGH FamRZ 2010, S. 720.
[42] OLG Brandenburg ZKJ 2016, S. 142; OLG Frankfurt a. M. NZFam 2016, S. 803.
[43] BGH FamRZ 2019, S. 1616.
[44] BGH FamRZ 2019, S. 1616; *Eberhard Carl* in: Eberhard Carl/Marianne Clauß/Michael Karle (Bearb.), Kindesanhörung im Familienrecht, 2015, Rn. 75 ff.

c) Anhörung im Eilverfahren

Wurde das Kind im Eilverfahren persönlich angehört, kann gemäß § 51 Abs. 3 S. 2 FamFG von einer erneuten Anhörung im Hauptsacheverfahren abgesehen werden, wenn die Anhörung im Eilverfahren noch nicht lange zurückliegt,[45] hinreichend dokumentiert ist und keine wesentlichen neuen Entwicklungen eingetreten sind. Dies setzt jedoch zwingend voraus, dass Eil- und Hauptsacheverfahren einen vergleichbaren Verfahrensgegenstand haben.[46]

d) Anhörung in der 1. Instanz

Das Verfahren in der Beschwerdeinstanz bestimmt sich gemäß § 68 Abs. 3 S. 1 FamFG nach den Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug, sodass grundsätzlich eine Kindesanhörung auch im Beschwerdeverfahren stattfinden muss. Gemäß § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG darf hiervon nur abgesehen werden, wenn die Kindesanhörung bereits im ersten Rechtszug erfolgt ist und von einer erneuten Vornahme keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind. Eine neue persönliche Anhörung hat daher insbesondere zu erfolgen, wenn das Familiengericht ohne persönliche Anhörung des Kindes entschieden hat oder das Ergebnis nur unzureichend dokumentiert ist, wenn die erstinstanzliche Anhörung bereits längere Zeit zurückliegt oder nicht unerhebliche neue Tatsachen vorgetragen werden oder diese sich aus einem neuen oder ergänzenden Sachverständigengutachten ergeben.[47] Gleiches gilt grundsätzlich für den Fall, dass das Kind selbst wünscht, erneut angehört zu werden. Allerdings besteht Grund zur Vorsicht und zur sorgfältigen Vorbereitung der erneuten Anhörung, wenn diese von einem Elternteil damit begründet wird, das Kind sei bei der ersten Anhörung völlig missverstanden worden. Eine erneute persönliche Anhörung des Kindes ist schließlich erforderlich, wenn das Beschwerdegericht von der Entscheidung des Ausgangsgerichts bzw. der Empfehlung

---

[45] OLG Saarbrücken FamRZ 2018, S. 1001.

[46] BGH FamRZ 2011, S. 796: nicht bei Umzug ins Ausland (§ 1671 BGB) und bei Verfahren betreffend Schulwahl (§ 1628 BGB); OLG Saarbrücken FamRZ 2018, S. 1001: nicht bei Sorge- und Umgangsverfahren.

[47] BGH FamRZ 2017, S. 1668; EGMR FamRZ 2018, S. 350.

des Verfahrensbeistands aufgrund einer anderen Einschätzung der Kindesinteressen abweichen will.[48] Trotz dieser an sich klaren Vorgaben ging die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung[49] bisweilen in eine ganz andere Richtung.[50] Dies war mit ein Grund für eine deutliche Einschränkung der Möglichkeit des Beschwerdegerichts, von einer persönlichen Anhörung des Kindes abzusehen.[51]

6. Begründungspflicht

§ 159 Abs. 3 S. 1 FamFG legt explizit fest, dass das Familiengericht das Absehen von der persönlichen Anhörung oder der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks in der Endentscheidung begründen muss. Der pauschale Hinweis auf eine mit der Anhörung verbundene Belastung des Kindes genügt der Begründungspflicht nicht.[52]

7. Folgen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur persönlichen Anhörung

Die Verletzung der sich aus § 159 FamFG ergebenden Verpflichtung begründet einen schweren Verfahrensfehler, der grundsätzlich eine Zurückverweisung an das Erstgericht gemäß § 69 Abs. 1 S. 3 FamFG rechtfertigen kann.[53] Gleiches gilt bei Verstoß gegen die Pflicht zur Dokumentation des Anhörungsergebnisses bzw. bei fehlender Begründung des Absehens von der Kindesanhörung.[54] Soweit nicht weitere wesentliche Verfahrensmängel hinzutreten, wird mit Blick auf den Beschleunigungsgrundsatz des § 155 Abs. 1 FamFG die Nachholung der Anhörung durch das Beschwerdegericht einer Zurückverweisung in dem maßgeblichen Verfahren allerdings vorzuziehen sein.[55]

---

[48] BGH FamRZ 2017, S. 1668; BGH FamRZ 2011, S. 796; siehe aber auch BGH FamRZ 2020, S. 252; BGH FamRZ 2020, S. 255.
[49] OLG Brandenburg FamRZ 2016, S. 240.
[50] Kritisch BGH FamRZ 2017, S. 532; siehe auch BVerfG FamRZ 2020, S. 1645 zur Außervollzugsetzung einer ohne Kindesanhörung ergangenen Beschwerdeentscheidung zur Rückführung eines Kindes zur Pflegemutter trotz Verurteilung des Pflegevaters wegen Besitzes kinderpornographischer Schriften.
[51] Dazu unten VII. 3., auch zur Kritik.
[52] BVerfG FamRZ 2009, S. 1472; BVerfG FamRZ 2009, S. 399; OLG Schleswig ZKJ 2019, S. 187.
[53] OLG Saarbrücken FamRZ 2018, S. 1001; OLG Celle FamRZ 2013, S. 1681.
[54] OLG Brandenburg FamFR 2011, S. 328; OLG Saarbrücken FamRZ 2010, S. 2085.
[55] Heilmann/*Heilmann*, 2. Aufl. 2020, § 159 FamFG Rn. 5.

V. Ausgestaltung der persönlichen Anhörung

1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 159 Abs. 4 S. 1 FamFG hat das Familiengericht dem Kind die für die Anhörung erforderlichen Kenntnisse des Sachverhalts in geeigneter Weise durch ein persönliches Gespräch zu vermitteln, insbesondere soll das Kind über den Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter und altersentsprechender Weise informiert werden, soweit nicht Nachteile für seine Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu befürchten sind. In nicht wenigen Fällen erweist es sich in der Praxis allerdings, dass die Kinder bereits über mehr Kenntnisse von dem Verfahrensinhalt verfügen, als ihnen selbst oft lieb ist, bis hin zur wörtlichen Wiedergabe des Inhalts von Schriftsätzen. Dann ist es Aufgabe des Familiengerichts, etwaigen Fehlvorstellungen entgegenzuwirken und das Kind von einem vermeintlichen Entscheidungsdruck zu entlasten.

§ 159 Abs. 4 S. 2 FamFG gibt dem Kind ein eigenständiges Recht auf rechtliches Gehör. Ihm ist daher Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Hierfür soll das Gericht die Umstände und die Art und Weise der Anhörung unter Berücksichtigung des Alters des Kindes, seines Entwicklungsstandes und vor allem seiner angespannten seelischen Verfassung aufgrund der elterlichen Auseinandersetzung so gestalten, dass das Kind seine persönlichen Beziehungen zu den Eltern erkennbar werden lassen kann.[56] Aus der Formulierung der Vorschrift folgt allerdings auch, dass das Gericht es zu akzeptieren hat, wenn das Kind nichts sagen will oder die Kindesanhörung ohne verwertbares Ergebnis endet. Will das Kind bestimmte Dinge erkennbar nicht preisgeben, kann dies allerdings Anlass sein, einen Verfahrensbeistand zu bestellen oder ein Sachverständigengutachten einzuholen.[57]

Nach § 159 Abs. 4 S. 4 FamFG steht die Gestaltung der persönlichen Anhörung im Übrigen im Ermessen des Familiengerichts.[58] Dadurch soll insbesondere dem Versuch von Einflussnahmen der Verfahrensbeteiligten auf die Kindesanhörung entgegengewirkt werden. Bei der Ausübung des Ermessens steht der Gesichtspunkt des Kindeswohls an oberster Stelle.[59] Für das Kind soll eine möglichst positive und

[56] BGH FamRZ 2019, S. 115; BGH FamRZ 2016, S. 1439; BGH FamRZ 2016, S. 2082.
[57] Zur Bitte des Kindes um Vertraulichkeit VI. 2.
[58] Bumiller/Harders/*Schwamb*, 12. Aufl. 2019, § 159 Rn. 13.
[59] KG FamRZ 2019, S. 1434.

geschützte Gesprächssituation geschaffen werden, damit es sich frei äußern und seine Wünsche und Bedürfnisse artikulieren kann. Insoweit ist es Aufgabe des Familiengerichts, die Anhörung entsprechend den individuellen Verhältnissen zu gestalten und variabel an das Kind anzupassen.

2. Zeitpunkt und Wiederholung der persönlichen Anhörung

Das Familiengericht entscheidet – unter Berücksichtigung des Vorrang- und Beschleunigungsgebots – nach seinem Ermessen über den Zeitpunkt der Kindesanhörung, d.h. darüber, ob die Anhörung des Kindes in zeitlichem Zusammenhang mit dem Erörterungstermin oder zu einem anderen Zeitpunkt durchgeführt wird.[60] Zwar wird generell zu einer möglichst frühzeitigen Anhörung des Kindes geraten, allerdings mit Modifikationen bei Traumatisierung des Kindes, etwa durch häusliche Gewalt, oder bei einem konkreten Verdacht auf einen sexuellen Missbrauch.[61]

Es liegt ebenfalls im Ermessen des Familiengerichts, ob die in einer Kindschaftssache nach § 159 FamFG notwendige persönliche Anhörung einmal oder mehrmals durchgeführt wird,[62] wobei in der Regel auf den persönlichen Eindruck nicht mehr abgestellt werden kann, wenn die Kindesanhörung sehr lange zurückliegt,[63] sich zwischenzeitlich größere Änderungen ergeben haben oder sich das Kind Dritten gegenüber anders als in der früheren Anhörung äußert.[64] Gleiches gilt bei der Absicht des Gerichts, von einem nach der gerichtlichen Kindesanhörung eingeholten Sachverständigengutachten abzuweichen, weil es die Kindesinteressen anders einschätzt.[65]

Das nicht verfahrensfähige Kind ist über seinen gesetzlichen Vertreter zur Anhörung zu laden. Verfahrensfähige Kinder sind gemäß § 33 Abs. 2 S. 1 FamFG selbst

---

[60] Eine in einem Eilverfahren nach der mündlichen Verhandlung erfolgende Kindesanhörung kann allerdings bewirken, dass die einstweilige Anordnung nicht mehr auf der mündlichen Verhandlung beruht und daher – ohne erneute mündliche Verhandlung – unanfechtbar ist, vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2020, S. 1664.

[61] Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 159 Rn. 25 f.

[62] OLG Bamberg FamRZ 2021, S. 704.

[63] OLG Saarbrücken FamRZ 2018, S. 1001.

[64] BVerfG FamRZ 2009, S. 399; BVerfG FamRZ 2020, S. 1645.

[65] Vgl. BGH FamRZ 2012, S. 619 und BGH FamRZ 2012, S. 1556 zur grundsätzlich nach Begutachtung erfolgenden Anhörung des Betroffenen bei der freiheitsentziehenden Unterbringung.

zu laden und die gesetzlichen Vertreter sind hiervon zu unterrichten.[66] Sofern ein Verfahrensbeistand bestellt ist, ist dieser gemäß § 159 Abs. 4 S. 3 FamFG ebenfalls zum Termin zu laden.[67] Bisweilen wird empfohlen, Informationsschreiben an Eltern oder ältere Kinder zu übersenden, die über Inhalt und Ablauf der Anhörung aufklären, um Sorgen vor dem Termin abzubauen.[68]

Die insbesondere im Kontext häuslicher Gewalt und sexuellen Missbrauchs immer wieder diskutierte Möglichkeit der Vermeidung einer Mehrfachvernehmung bzw. Mehrfachanhörung eines Kindes im familiengerichtlichen und strafrechtlichen Verfahren durch eine frühzeitige ermittlungsrichterliche Videovernehmung[69] wird in der familienrichterlichen Fachpraxis kritisch gesehen.[70] Die grundsätzliche Unzulässigkeit der Anhörung durch den ersuchten Richter und das Erfordernis, sich einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, dürften dem Absehen von der Anhörung des Kindes durch den Familienrichter in aller Regel entgegenstehen. Dementsprechend haben lokale Modelle, die hierzu entwickelt wurden,[71] keine relevante Bedeutung in der Praxis erlangt. Zu Recht wird zudem darauf hingewiesen, dass je nach Beweislage die Anhörung des Kindes durch das Familiengericht auf ein Gespräch über sein aktuelles Befinden, seine Wünsche und Pläne für die zukünftige Entwicklung beschränkt werden kann.[72] Unabhängig davon erscheint die Kooperation der am Familien- und Strafverfahren beteiligten Professionen zur Vermeidung ausufernder Mehrfachanhörungen zweifellos ratsam.[73]

[66] Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 159 Rn. 16.
[67] Siehe dazu unten IX. 4.
[68] Vgl. die Muster bei *Eberhard Carl* in: Eberhard Carl/Marianne Clauß/Michael Karle (Bearb.), Kindesanhörung im Familienrecht, 2015, Rn. 657 ff.
[69] Befürwortend *Jürgen Schmid,* Vermeidung von Mehrfachanhörungen in Jugendschutzsachen, FamRB 2012, S. 61; siehe auch Ergebnisse des Arbeitskreises 23 auf dem 19. Deutschen Familiengerichtstag, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 17, 2012, S. 124.
[70] Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 159 Rn. 26.
[71] Dazu *Jürgen Schmid,* Vermeidung von Mehrfachanhörungen in Jugendschutzsachen, FamRB 2012, S. 61.
[72] Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 159 Rn. 26.
[73] Vgl. 19. Deutscher Familiengerichtstag, Empfehlungen des Vorstands, B. 2., in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 17, 2012, S. 134.

3. Ort der persönlichen Anhörung

Nach Ermessen entscheidet das Familiengericht auch über den Ort der Anhörung, für den, soweit vorhanden, ein Spielzimmer im Gericht, das Richterdienstzimmer, bei älteren Kindern auch der Sitzungssaal oder außerhalb des Gerichts, die häusliche Umgebung des Kindes, der Kindergarten, die Schule oder auch eine Jugendhilfeeinrichtung in Betracht kommen. Auch wenn der Sitzungssaal kein idealer Ort für die Kindesanhörung ist,[74] so bot er während der COVID-19-Pandemie oft die einzige Möglichkeit für die persönliche Anhörung des Kindes unter Einhaltung der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen.[75] Der Einsatz moderner Kommunikationstechniken zur Anhörung des Kindes auch ohne persönlichen Kontakt wird kontrovers diskutiert.[76]

4. Ausgestaltung im Einzelnen[77]

Einigkeit besteht darin, dass man dem Kind keine zu lange Wartezeit vor der Anhörung zumuten sollte. Uneinigkeit besteht demgegenüber darin, inwieweit der Einsatz von Spielzeug und Bilderbüchern sinnvoll ist.[78] Wenn Spielsachen im Zimmer vorhanden sind, wird sich nicht vermeiden lassen, dass das Kind darauf zugeht. In diesem Fall wird jedoch dazu geraten, eine deutliche Grenze zwischen Spiel und dem Anlass der Anhörung zu ziehen.[79] Die Diskussion, was aus psychologischer

---

[74] *Matthias Weber*, Die Beteiligung des Kindes in Sorge- und Umgangsverfahren – Wer redet wie mit dem Kind?, ZKJ 2021, S. 168.

[75] OLG München FamRZ 2021, S. 1716.

[76] *Ingo Socha*, Tiefenschärfe mit der Kamera – Welche Möglichkeiten bietet und welche Grenzen setzt das FamFG für Anhörungen per Videokonferenz?, FamRZ 2020, S. 731, 733 mit dem Beispiel des Kindes auf dem Schoß eines Elternteils; siehe auch *Andreas Frank*, Rechtliche Aspekte der Verhandlung per Videokonferenz in Familiensachen, FuR 2020, S. 331; kritisch *Reinhard Greger*, Zeitgerechte Kommunikation im familiengerichtlichen Verfahren: mündlich, schriftlich, elektronisch?, FF 2020, S. 387.

[77] Zum Inhalt des Gesprächs und zu Frage- und Gesprächstechniken *Katharina Bublath/Anja Kannegießer/Joseph Salzgeber*, Hinweise für das Gespräch mit dem Kind im familiengerichtlichen Verfahren, NZFam 2021, S. 477, 481; zur Kindesanhörung im Familienrecht siehe auch die Ergebnisse des Arbeitskreises 11 auf dem 19. Familiengerichtstag, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 17, 2012, S. 106.

[78] *Eberhard Carl/Michael Karle* in: Eberhard Carl/Marianne Clauß/Michael Karle (Bearb.), Kindesanhörung im Familienrecht, 2015, Rn. 313: keine Ablenkung durch Spielsachen; vgl. demgegenüber *Rainer Balloff*, Kinder vor dem Familiengericht, 3. Aufl. 2018, S. 279.

[79] *Eberhard Carl/Michael Karle* in: Eberhard Carl/Marianne Clauß/Michael Karle (Bearb.), Kindesanhörung im Familienrecht, 2015, Rn. 316.

Sicht gut und weniger gut ist, soll an dieser Stelle nicht geführt werden. Ich selbst erschrecke allerdings immer ein bisschen, wenn Kollegen zu spieltherapeutischen und -diagnostischen Methoden greifen, z.B. der Familie in Tieren, denn letztlich muss man konzedieren, dass dem Juristen auch bei viel Weiterbildung hierfür die Fachlichkeit fehlt. Auch wenn ein Spielzeug am Anfang die Scheu nehmen kann und Farbstifte bei der Visualisierung der Ferienaufteilung helfen können, sollte das Familiengericht seine originäre Aufgabe bei der Anhörung des Kindes nicht aus dem Auge verlieren.

Nach Ermessen entscheidet das Familiengericht ferner darüber, ob Geschwister zusammen oder getrennt angehört werden, wobei wiederum der Einzelfall maßgeblich ist.[80] Kann bei einer gemeinsamen Anhörung die Dynamik der Geschwister untereinander eingeschätzt werden, kann die getrennte Anhörung dafür Sorge tragen, dass gerade kleinere Geschwisterkinder ihre von der Meinung der älteren Geschwister abweichende Meinung freier offenbaren.[81]

Drittes Beispiel aus der Praxis: Der Spieler
Die nichtverheirateten, gemeinsam sorgeberechtigten Eltern haben sich darauf geeinigt, dass das Kind beim Vater lebt. Nach knapp zwei Jahren erhebt die Mutter plötzlich Gewaltvorwürfe gegen den Vater und verlangt das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht. Alle Untersuchungen des Kindes sprechen gegen jegliche Gewaltausübung, alle Fachkräfte halten den Vorwurf für falsch. Bei der Anhörung im OLG will der Junge unbedingt erst Auto spielen. Nach dem Spiel weicht er Fragen zunächst aus und sagt dann plötzlich: „Der Papa haut mich, der Papa nervt mich, der Papa streckt die Zunge raus und jetzt ist die Geschichte aus.“ Dabei strahlt er über das ganze Gesicht und fährt fort, dass er jetzt zu seinem Papa möchte.

5. Teilnehmer

Im Rahmen des § 159 Abs. 4 S. 4 FamFG entscheidet das Familiengericht auch über die An- oder Abwesenheit der Eltern und deren Verfahrensbevollmächtigten, von Vertretern des Jugendamts oder einer Vertrauensperson des Kindes. Ein Anspruch dieser Personen auf Teilnahme an der Kindesanhörung besteht nicht.

[80] OLG Schleswig FamRZ 2016, S. 483 LS.
[81] Heilmann/*Heilmann*, 2. Aufl. 2020, § 159 FamFG Rn. 25: zunächst zusammen und anschließend einzeln.

a) Eltern

In der Regel ist das Kind ohne seine Eltern anzuhören, damit es unbeeinflusst seinen Willen mitteilen kann. Ausnahmen können bei sehr kleinen Kindern sinnvoll sein.[82] Die Anhörung in Abwesenheit der Eltern ist wegen der gebotenen möglichst zuverlässigen Aufklärung des Kindeswillens und seiner Beziehung zu den übrigen Familienmitgliedern verfassungsgemäß.[83] Es ist verfassungsrechtlich auch nicht geboten, den bei der Kindesanhörung nicht anwesenden Eltern zu gestatten, die Anhörung im Weg der Videoübertragung zu verfolgen.[84] Eine solche Gestaltung liefe dem Schutzgedanken des § 163a FamFG zuwider und wäre auch der mit der Kindesanhörung bezweckten Sachverhaltsaufklärung kaum dienlich.[85] Dem Anspruch der Eltern auf rechtliches Gehör wird mit der nachträglichen Information über den Inhalt der Anhörung ausreichend Rechnung getragen. Nicht selten versuchen Eltern in der Praxis, ihre Teilnahme an der Kindesanhörung faktisch zu erzwingen, indem sie das Kind fest an der Hand halten und in den Anhörungsraum „begleiten" oder vor diesem einen herzzerreißenden Abschied inszenieren.

Viertes Beispiel aus der Praxis: Die anwesende Mutter

Ein über 70-jähriger Mann schwängert die Tochter seiner Lebensgefährtin. Die 25-jährige Frau ist aufgrund eines Sauerstoffmangels bei der Geburt auf dem Stand eines dreijährigen Kindes. Der Vater führt zahlreiche Verfahren zur Erlangung der elterlichen Sorge für seinen Sohn und zum Umgang. Seine immer auf die UN-Behindertenrechtskonvention bezogene Argumentation geht dahin, dass Mutter, Kind und er als Familie zusammenleben dürfen. Der Senat hat die Mutter in der Einrichtung, in der sie lebt, an dem Tag besucht, an dem auch der monatliche Besuch der Pflegemutter mit dem Kind stattfand. Die Pflegemutter will mit den Besuchen erreichen, dass der Junge von Anfang an seine Mutter kennt und nicht erst später von ihr erfährt. Es wurde deutlich, dass Mutter und Sohn sich kennen. Beide haben gleichermaßen gespannt zugehört, als die Pflegemutter nach einem kurzen gemeinsamen Imbiss ein Bilderbuch vorgelesen hat. Ein Betreuer teilte dem Senat mit, dass das Einzige, was die Mutter selbständig erledigen kann, das Zähneputzen ist. Ihr Vater war Zahnarzt. Der Vater des Kindes hatte in der Folge zwar Umgang mit

---

[82] Thomas/Putzo/*Hüßtege*, 42. Aufl. 2021, § 159 FamFG Rn. 5; siehe dazu auch IV. 2.
[83] BVerfG FamRZ 2019, S. 1437.
[84] OLG Bamberg FamRZ 2021, S. 704: Kein Anspruch auf Video- oder Audioaufzeichnung.
[85] BVerfG FamRZ 2019, S. 1437; OLG Koblenz FamRZ 2019, S. 362: unzulässig.

seinem Sohn, aber nicht in dem von ihm erwünschten Umfang. Mit seinem Anliegen, auch die elterliche Sorge zu erlangen, ist er gescheitert, zuletzt beim EGMR. Inzwischen steht er selbst unter Betreuung.

b) Sachverständiger

Lehnen die Sorgeberechtigten eine Begutachtung ihres Kindes ab, kann das Familiengericht auch gegen deren Willen die Anhörung des Kindes in Anwesenheit des Sachverständigen durchführen. [86] Eine solche Vorgehensweise kann unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten als milderes Mittel im Verhältnis zur Ersetzung der Zustimmung des sorgeberechtigten Elternteils in die Begutachtung gemäß § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB[87] auch geboten sein.[88] Deshalb ist vor einer Ersetzung der Zustimmung zu prüfen, ob der Sachverständige auch ohne eingehende Exploration des Kindes nur auf der Basis der Anhörung eine ausreichende Datengrundlage für eine Stellungnahme aus psychologischer Sicht gewinnen kann.[89]

Auch bei Traumatisierung eines Kindes wird dazu geraten, zunächst die Anhörung durch einen Sachverständigen oder in dessen Beisein zu prüfen, um das Risiko nicht mehr brauchbarer Ergebnisse aufgrund mehrfacher und ungeschulter Befragungen zu vermeiden.[90]

c) Rechtsanwalt des Kindes

Ein von einem alleinsorgeberechtigten Elternteil oder den gemeinsam sorgeberechtigten Eltern für das Kind bestellter Rechtsanwalt kann jedenfalls dann von der Kindesanhörung ausgeschlossen werden, wenn Gründe gegeben sind, aus denen auch ein gerichtlich bestellter Verfahrensbeistand von der Anhörung ausgeschlossen werden dürfte.[91] Im Übrigen ist es generell nicht zu beanstanden, wenn das

---

[86] BGH FamRZ 2010, S. 720; OLG Celle FamRZ 2019, S. 1930: gegebenenfalls auch Teilnahme des Umgangselternteils.
[87] BGH FamRZ 2010, S. 720; siehe auch OLG Bremen FamRZ 2014, S. 1376: Drogentest durch Haaranalyse.
[88] OLG Hamm NZFam 2020, S. 1111; ebenso OLG Rostock FamRZ 2017, S. 215.
[89] OLG Hamm NZFam 2020, S. 1111.
[90] Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 159 Rn. 26; zur Befragung durch den Sachverständigen zu Missbrauchserfahrungen *Joseph Salzgeber*, Familienpsychologische Gutachten, 7. Aufl. 2020, Rn. 840 ff.
[91] KG FamRZ 2019, S. 1434.

Familiengericht die Kindesanhörung in Abwesenheit des verfahrensbevollmächtigten Rechtsanwalts des Kindes durchführt, da dieser – anders als der Verfahrensbeistand des Kindes – nicht allein dem Kindeswohl verpflichtet ist, sondern auch der Weisungsbefugnis des oder der Sorgeberechtigten unterliegt.[92]

d) Sonstige Beistände, § 12 FamFG

Gemäß § 12 FamFG kann eine Person Beistand sein, die entweder als Bevollmächtigter gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 FamFG zur Vertretung berechtigt wäre oder die als Beistand vom Gericht zugelassen wird, weil dies sachdienlich, also verfahrensfördernd, ist oder im Einzelfall ein Bedürfnis hierfür besteht.[93] Keine Beistände sind Personen, die ein Beteiligter als Hilfskräfte für die eigene Verfahrensführung hinzuzieht, wie etwa ein Privatgutachter.[94] Ein Anwesenheitsrecht bei der Kindesanhörung besteht für Beistände nicht, gegebenenfalls können sie durch unanfechtbaren Beschluss zurückgewiesen werden (§ 12 S. 4 FamFG in Verbindung mit § 10 Abs. 3 S. 1 und 3 FamFG).

6. Vermeidung unerwünschter Begegnungen im Zusammenhang mit der persönlichen Anhörung

In der Regel erhalten die übrigen Verfahrensbeteiligten, außer dem Kind und dem Verfahrensbeistand, die zur Kindesanhörung geladen werden, lediglich eine Terminnachricht verbunden mit dem Hinweis, dass nur der Verfahrensbeistand an der Anhörung teilnimmt. Dieser Hinweis hindert sie allerdings zum Teil nicht daran, trotzdem zu erscheinen. Ein solches Zusammentreffen kann vermieden werden, in dem die Kindesanhörung auf einen vom Erörterungstermin völlig unabhängigen Termin gelegt wird und die Terminnachricht unterbleibt. Das rechtliche Gehör wird durch die Bekanntgabe des Vermerks über die Kindesanhörung hinreichend gewahrt.

[92] KG FamRZ 2019, S. 1434.
[93] Musielak/Borth/*Borth*/*Grandel*, 6. Aufl. 2018, § 12 Rn. 2.
[94] Schulte-Bunert/Weinreich/*Schöpflin*, 6. Aufl. 2020, § 12 Rn. 3.

VI. Bekanntgabe des Ergebnisses der Kindesanhörung an die anderen Verfahrensbeteiligten

1. Form und Inhalt

Der wesentliche Inhalt der Kindesanhörung ist nach § 28 Abs. 4 S. 1 und 2 FamFG grundsätzlich in einem schriftlichen Vermerk festzuhalten und den Beteiligten auf diesem Weg bekanntzugeben.[95] Gemäß § 37 Abs. 2 FamFG muss ihnen zur Wahrung rechtlichen Gehörs Gelegenheit gegeben werden, zum Ergebnis der Kindesanhörung Stellung zu nehmen.[96] Das rechtliche Gehör ist auch gewährleistet, wenn der wesentliche Inhalt der Anhörung dadurch dokumentiert wird, dass er bei mündlicher Bekanntgabe an die Beteiligten (bei einer Kindesanhörung unmittelbar vor dem Erörterungstermin) im Vermerk über den Erörterungstermin niedergelegt wird.[97] Zwar soll sogar die vollständige Wiedergabe im Tatbestand der abschließenden Entscheidung zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genügen,[98] jedoch ist eine Bekanntgabe und die Gelegenheit zur Stellungnahme vor Erlass der Entscheidung unbedingt vorzuziehen, da für die anderen Verfahrensbeteiligten die Einleitung eines Beschwerdeverfahrens zur Erhebung von Einwänden andernfalls alternativlos ist.

Die Dokumentation der Anhörung muss von Wertungen des Familiengerichts grundsätzlich freigehalten werden.[99] Über die bloße Wiedergabe des Gesprächsinhalts hinaus dürfte nach der Neuregelung allerdings auch der gewonnene Eindruck bezüglich des nonverbalen Verhaltens des Kindes zu dokumentieren sein (Körperhaltung, Gestik, Mimik, Stimmlage usw.).[100] Soweit von einer Dokumentation auch

---

[95] OLG Saarbrücken FamRZ 2018, S. 1001; zur Dokumentation des Ergebnisses der Kindesanhörung vgl. auch die Thesen II 3 a) bis c) des Arbeitskreises 10 auf dem 23. Deutschen Familiengerichtstag, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 21, 2020, S. 116.

[96] BVerfG FamRZ 2019, S. 1437.

[97] Thomas/Putzo/*Hüßtege*, 42. Aufl. 2021, § 159 FamFG Rn. 9: Findet die Anhörung unmittelbar vor der Erörterung statt, ist den Beteiligten das Ergebnis der Anhörung vorab mitzuteilen.

[98] BGH FamRZ 2001, S. 907; OLG Celle FamRZ 2014, S. 413; kritisch *Eberhard Carl* in: Eberhard Carl/Marianne Clauß/Michael Karle (Bearb.), Kindesanhörung im Familienrecht, 2015, Rn. 154: Genügt nicht den sich aus Art. 103 Abs. 1 GG ergebenden Anforderungen.

[99] BVerfG FamRZ 2019, S. 1437.

[100] *Thomas Kischkel*, Die Reform der Kindesanhörung nach § 159 FamFG – Auswirkungen auf die Praxis, FamRZ 2021, S. 1595, 1598.

der Kleidung, des Ernährungs-, hygienischen, pflegerischen und gesundheitlichen Zustands ausgegangen wird,[101] sollte es im Regelfall genügen, besondere Auffälligkeiten festzuhalten. Konkret wird zur Untergliederung des Vermerks in sprachliche Äußerungen des Kindes, Beschreibung nonverbaler Verhaltensweisen, ungewöhnliche Reaktionen und besondere Vorkommnisse sowie eigene Aktivitäten und Interventionen des Richters geraten.[102]

Einem Anhörungsvermerk kommt volle Beweiskraft hinsichtlich der Richtigkeit der in ihm festgestellten Umstände und Vorgänge zu,[103] was insbesondere dann bedeutsam wird, wenn ein Elternteil mitteilt, das Kind habe ihm nach der Anhörung etwas ganz anderes erzählt als dem Familiengericht.

2. Bitte des Kindes um Vertraulichkeit

Nicht unproblematisch ist der Umgang mit Informationen, die das Kind in der Anhörung unter der Voraussetzung mitteilt, sie nicht an die Eltern weiterzugeben. Einerseits ist das Familiengericht zur Neutralität verpflichtet und hat kein Schweigerecht, es sei denn, die Informationen sind für die zu treffende Entscheidung ohne jede Relevanz. In diesem Fall muss insoweit kein rechtliches Gehör gemäß § 37 Abs. 2 FamFG gewährt werden. Andererseits ist das Familiengericht dem Kindeswohl verpflichtet. Lassen sich die Befürchtungen des Kindes bezüglich einer Offenbarung der Informationen nicht zerstreuen, muss im Einzelfall abgewogen und das Schutzbedürfnis des Kindes gegebenenfalls mit dem Jugendamt und dem Verfahrensbeistand erörtert werden. Eine vorläufige gerichtliche Entscheidung auf der Basis der Angaben des Kindes ohne vorheriges rechtliches Gehör für die Eltern kann nur in Fällen akuter Kindeswohlgefährdung im Sinne von § 1666 BGB ergehen.[104]

---

[101] *Thomas Kischkel*, Die Reform der Kindesanhörung nach § 159 FamFG – Auswirkungen auf die Praxis, FamRZ 2021, S. 1595, 1598.

[102] *Eberhard Carl* in: Eberhard Carl/Marianne Clauß/Michael Karle (Bearb.), Kindesanhörung im Familienrecht, 2015, Rn. 151.

[103] OLG Koblenz ZKJ 2019, S. 181.

[104] Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 159 Rn. 29; siehe auch Heilmann/*Heilmann*, 2. Aufl. 2020, § 159 FamFG Rn. 36: Angaben des Kindes kommen als Grundlage der gerichtlichen Entscheidung nur dann in Betracht, wenn diese durch eigene gerichtliche Sachverhaltsaufklärung nachgeprüft und den Beteiligten auf diesem Weg zugänglich gemacht wurden; dazu auch *Eberhard Carl* in: Eberhard Carl/Marianne Clauß/Michael Karle (Bearb.), Kindesanhörung im Familienrecht, 2015, Rn. 128 ff.

VII. Vorrang- und Beschleunigungsgebot, § 155 FamFG

1. Einleitung

§ 155 FamFG ordnet an, dass Verfahren, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen sowie Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung vorrangig und beschleunigt durchzuführen sind. Dieses Gebot wird durch verschiedene Anordnungen flankiert, unter anderem mit der in diesen Verfahren nur eingeschränkt möglichen Terminverlegung. Die Norm zielt auf eine Verkürzung der Verfahrensdauer, um dem kindlichen Zeitempfinden Rechnung zu tragen.[105] Das Gebot gilt auch im Beschwerdeverfahren, so dass auch in der Beschwerdeinstanz die maßgeblichen Verfahren bevorzugt zu terminieren und zu erledigen sind, notfalls auf Kosten anderer Verfahren.[106]

So wie die Beschleunigung dem Kindeswohl dient, findet es dort auch seine Grenze. Zwar wird vertreten, dass in diesen Verfahren die nachträgliche Einräumung einer Frist zur Beschwerdebegründung nicht in Betracht kommt,[107] dennoch empfiehlt es sich, bei Eingang einer unbegründeten Beschwerde eine kurze Frist zur Begründung zu setzen, damit sich die Beteiligten nicht im Nachhinein mit einer doch noch vorgelegten Begründung auseinandersetzen müssen. Auch mit Blick auf die Anforderungen des BVerfG an die Begründung eines Sorgerechtsentzugs ist die Auseinandersetzung mit einer (angeforderten) Begründung zumindest sinnvoll. Bei fruchtlosem Fristablauf kann dann auch schnell entschieden werden.

2. Alltag im Familiengericht

Eine fehlende Mitwirkungsbereitschaft von Beteiligten mag gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 4 FamFG zwar kostenrechtlich sanktioniert werden können, die tatsächlich verfahrensfördernde Wirkung der Vorschrift ist aber erfahrungsgemäß gering. Auch Fristsetzungen gegenüber Jugendamt und Verfahrensbeistand werden häufig mit Fristverlängerungsanträgen beantwortet und bei deren Versagung umfasst der Bericht fünf Zeilen und endet mit der Empfehlung, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Die Fristsetzung bei Einholung eines Sachverständigengutachtens gemäß § 30 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 411 Abs. 1 ZPO und die Androhung und sogar Verhängung von Ordnungsmitteln bei Fristüberschreitung garantieren nicht, dass

[105] MüKoFamFG/*Heilmann*, 3. Aufl. 2018, § 155 Rn. 2.
[106] MüKoFamFG/*Heilmann*, 3. Aufl. 2018, § 155 Rn. 28.
[107] OLG Köln FamRZ 2010, S. 921.

das Gutachten tatsächlich auf dem Richtertisch liegt. Der Wechsel des Sachverständigen ist in dieser Situation in der Regel auch keine Option. Schließlich kann ein qualitativ ungenügendes Gutachten die Einholung eines neuen Gutachtens erfordern,[108] so dass Verfahren auch bei größtmöglichem Bemühen viel Zeit erfordern können. Dies gilt erst recht mit Blick auf die in Hochkonfliktverfahren gerne intensiv ausgetragenen Zuständigkeitskonflikte oder auch Befangenheitsverfahren. Diese sind zwar ebenfalls beschleunigt zu führen, einschließlich der nachfolgenden Rechtsmittelverfahren. Mit Blick auf die Zunahme der Kindschaftssachen bleiben dem Familiengericht aber bald keine Verfahren mehr, die es zu Gunsten der beschleunigt zu führenden Verfahren zurückstellen könnte.[109]

3. Reform des Beschwerdeverfahrens

Zur Beschleunigung beitragen kann die in § 68 Abs. 4 S. 2 und 3 FamFG explizit vorgesehene Übertragung der Anhörung des Kindes oder der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks im Beschwerdeverfahren auf den beauftragten Richter des Senats. Damit hat der Gesetzgeber zudem Klarheit mit Blick auf die nicht eindeutige Rechtsprechung des BGH[110] geschaffen und entlastet das Kind, das sich keiner Dreierbesetzung gegenübersieht.

Zugleich wurde allerdings die Freiheit des Beschwerdegerichts, von einer erneuten persönlichen Anhörung des Kindes abzusehen, deutlich eingeschränkt und die Anwendung des § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG, d.h. die Möglichkeit, von der Wiederholung bereits getätigter Verfahrensschritte abzusehen, durch § 68 Abs. 5 FamFG ausgeschlossen, wenn Entscheidungen, die den Entzug der Personensorge gemäß §§ 1666, 1666a BGB,[111] den Ausschluss des Umgangsrechts gemäß § 1684 Abs. 4

[108] OLG Braunschweig NZFam 2021, S. 894.
[109] Stand Anfang März 2022 befanden sich im Bestand des Senats der Verfasserin rund 40% Kindschaftssachen.
[110] BGH ZKJ 2010, S. 434 einerseits und BGH ZKJ 2016, S. 419 andererseits.
[111] *Alexander Witt*, Änderungen im familiengerichtlichen Beschwerdeverfahren durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, FamRZ 2021, S. 1510, 1511: nicht die bloße Anordnung von Auflagen; kritisch *Gudrun Lies-Benachib*, Ein Paukenschlag im Kindschaftsverfahren?, FF 2021, S. 430, 437.

BGB oder eine Verbleibensanordnung gemäß §§ 1632 Abs. 4, 1682 BGB in Betracht kommen, mithin nicht fernliegend erscheinen.[112] Das bedeutet: In den genannten Verfahren müssen vom Beschwerdegericht, und zwar – bis auf die Kindesanhörung – immer vom gesamten Senat,[113] sämtliche Verfahrensschritte wiederholt werden, auch wenn das Familiengericht sorgfältig gearbeitet, den Sachverhalt vollständig aufgeklärt und alle notwendigen Verfahrensschritte bereits vorgenommen hat.[114] Zu wiederholen ist mithin nicht nur die persönliche Anhörung des Kindes, einschließlich der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks nach § 159 FamFG, sondern auch die Anhörung der Eltern, des Verfahrensbeistands, des Jugendamts und gegebenenfalls der Pflegepersonen (§§ 160, 161, 162 FamFG). Hierzu bedarf es eines erneuten Termins, den auch § 155 Abs. 2 S. 1 FamFG schon für die 1. Instanz in den von § 68 Abs. 5 FamFG erfassten Kindschaftssachen vorschreibt.[115] Und dies gilt auch bei offensichtlich unbegründeten Beschwerden ohne jede erkennbare Erfolgsaussicht, aber immerhin nur für Hauptsacheverfahren.[116] Zumindest sind nach der Gesetzesbegründung[117] die im Rahmen der allgemeinen Amtsermittlung durchgeführten Ermittlungen und Beweiserhebungen nicht zu wiederholen, soweit sie zu einer ausreichenden und überzeugenden Tatsachenfeststellung geführt haben. Eine erneute Beweisaufnahme muss daher nur dann durchgeführt werden, wenn etwa eine erstinstanzlich durchgeführte Zeugenvernehmung anders gewürdigt werden soll. § 68 Abs. 5 FamFG gilt lediglich dann nicht, wenn sich die Beschwerde als unzulässig erweist und nach § 68 Abs. 2 FamFG zu verwerfen ist oder eine Zurückverweisung an das Familiengericht gemäß § 69 Abs. 1 S. 2 und 3 FamFG ausgesprochen wird, das Beschwerdegericht also nicht in der Sache

---

112 *Gudrun Lies-Benachib*, Ein Paukenschlag im Kindschaftsverfahren?, FF 2021, S. 430, 436; siehe auch OLG Saarbrücken ZKJ 2021, S. 465 (zu § 158 Abs. 2 Nr. 5 FamFG a.F.).

113 § 68 Abs. 5 FamFG schließt sowohl die Anwendung von Abs. 3 S. 2 als auch von Abs. 4 S. 1 in den maßgeblichen Verfahren aus.

114 *Stefan Heilmann*, Editorial Heft 8 ZKJ 2021: über das Ziel hinausgeschossen.

115 *Petra Volke/Jessica Kriewald*, Überblick über die zum 1.7.2021 in Kraft getretenen Änderungen des § 68 FamFG und ihre Bedeutung für die Praxis, FamRB 2021, S. 436.

116 Zu dieser im Referentenentwurf noch nicht vorgesehenen Einschränkung vgl. *Julie Strube*, Änderungen für das Beschwerdeverfahren in Kindschaftssachen durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, NZFam 2021, S. 901, 902.

117 BT-Drs. 19/23707, S. 51.

entscheidet. Die mit den erhöhten verfahrensrechtlichen Anforderungen beabsichtigte größere Richtigkeitsgewähr kann in diesen Fällen von vorneherein nicht zum Tragen kommen.[118]

Die zwingende Wiederholung der persönlichen Anhörung des Kindes sowie der erneute Anhörungstermin, letzterer immer in einer Dreier-Besetzung, führen nicht nur zu einer Aufblähung der Beschwerdeverfahren vor den Oberlandesgerichten, sondern konterkarieren durch die zwangsläufig erheblich längere Verfahrensdauer auch das Ziel, die Interessen von Kindern in diesen Verfahren zu stärken. Der Widerspruch zum Vorrang- und Beschleunigungsgebot ist evident, dient dieses doch gerade auch der Geringhaltung von Unsicherheit und Belastung des Kindes.[119] Dass Pflegeeltern fassungslos nachfragen, warum sie in einem Kinderschutzverfahren das knapp eineinhalbjährige Kind, das seit einem Jahr bei ihnen lebt, zur Verschaffung eines persönlichen Eindrucks durch den Senat in das OLG bringen sollen, verwundert nicht. Ob das Kind dadurch nicht zum Objekt des Verfahrens wird, sollte bei allen respektablen Zielen dieser Verfahrensrechtsreform noch einmal diskutiert werden.

Fünftes Beispiel aus der Praxis: Die abwesende Beschwerdeführerin
Einer allein sorgeberechtigten Mutter wird in einem Kinderschutzverfahren die elterliche Sorge im Teilbereich Aufenthaltsbestimmung, Gesundheitssorge und Beantragung von Leistungen nach dem SGB VIII entzogen. Die Entscheidung wird von einem Sachverständigengutachten und dem Votum aller Fachkräfte getragen. Der Akteninhalt spricht für sich. Gegen die Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Mutter. Der Ergänzungspfleger gab den Jungen in den Haushalt des Vaters, der kurz danach auch Inhaber der elterlichen Sorge in den entzogenen Teilbereichen wurde. Nach den Informationen von Jugendamt und Verfahrensbeistand fühlt sich das Kind dort sehr wohl. Der Vater hat den Umgang mit der Mutter wieder angebahnt, die dem Kind allerdings vermittelt, es wäre bald wieder bei ihr und es dadurch sehr verunsichert. Das Kind wird im Beschwerdeverfahren angehört. Im (ersten) Erörterungstermin in der Beschwerdeinstanz erscheint die Mutter nicht. Mit der Verhängung eines Ordnungsgelds wurde sodann ein neuer Termin bestimmt. Nach verzögerter Zustellung des Ordnungsgeldbeschlusses und der La-

---

[118] *Alexander Witt*, Änderungen im familiengerichtlichen Beschwerdeverfahren durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, FamRZ 2021, S. 1510, 1511.
[119] MüKoFamFG/*Heilmann*, 3. Aufl. 2018, § 155 Rn. 4.

dung zum neuen Termin (die Mutter war umgezogen) nahm die Mutter ihre Beschwerde zurück. Gleichwohl war das Kind durch eine völlig sinnlose Verlängerung des Beschwerdeverfahrens weiteren Unsicherheiten ausgesetzt, was – ohne die Neuregelung – nach einer zügigen Entscheidung im Büroweg gut hätte vermieden werden können.

Sechstes Beispiel aus der Praxis: Die schwangere Beschwerdeführerin
Einer aus Polen stammenden Frau, der die elterliche Sorge für ihre beiden ersten Kinder bereits in Polen entzogen worden war, lebte in München auf der Straße, obwohl sie Eigentümerin einer (vermieteten und inzwischen verkauften) Eigentumswohnung war. Das dritte Kind wird nach der Geburt 2020 in Obhut genommen. Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens wird die elterliche Sorge auch für das dritte Kind entzogen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Mutter. Die Berichte der Umgangsbegleitung zeigen, dass die Mutter nicht im Ansatz in der Lage ist, richtig mit dem Kind umzugehen, sich aber auch völlig beratungsresistent zeigt, so dass teilweise zur Gefahrenabwehr von der Umgangsbegleitung unmittelbar eingegriffen werden muss. Zum Erörterungstermin im Beschwerdeverfahren erscheint die Mutter nicht, weil sie nach Geburt ihres vierten Kindes in der Obdachlosenunterkunft in die Klinik gebracht werden musste.

VIII. Das Kind als Beteiligter in Kindschaftssachen, § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG

1. Grundsätze

Soweit Kinder von Verfahren in Kindschaftssachen unmittelbar betroffen sind, sind sie gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG formell Beteiligte.[120] Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG sind über 14-jährige Kinder verfahrensfähig, wenn sie in einem Verfahren, das ihre Person betrifft, ein ihnen nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend machen. Bei dieser Regelung war streitig, ob sie tatsächlich nur solche, die Person des Kindes betreffende, Verfahren erfasst, in denen das Kind ein

[120] Regelmäßig der Fall, so Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 163a Rn. 2 und § 151 Rn. 57; Heilmann/*Heilmann*, 2. Aufl. 2020, § 163a FamFG Rn. 2; Keidel/*Engelhardt*, 20. Aufl. 2020, § 163a Rn. 2; enger MüKoFamFG/*Schumann*, 3. Aufl. 2018, § 163a Rn. 3.

ihm nach bürgerlichen Recht zustehendes Recht geltend macht, oder ob die Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auch auf andere Verfahren anzuwenden ist, insbesondere solche, in denen es um die verfassungsrechtlichen Rechte des Kindes geht, wie in einem Kinderschutzverfahren gemäß § 1666 BGB.[121] Der BGH[122] hat den Meinungsstreit dahingehend entschieden, dass die Verfahrensfähigkeit Jugendlicher ab Vollendung des 14. Lebensjahres gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG von vom bürgerlichen Recht konkret eingeräumten Widerspruchs- und Mitwirkungsrechten abhängt und bloße Rechtspositionen, die ihre Grundlage im Verfassungs-, Verwaltungs- oder Verfahrensrecht haben, hierfür nicht genügen. Demnach ist in Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB die Verfahrensfähigkeit zu verneinen.[123]

2. Folgen der Verfahrensfähigkeit

Zweck der persönlichen Anhörung ist die Gewährung rechtlichen Gehörs, die Vermittlung eines persönlichen Eindrucks und die Aufklärung des Sachverhalts, während es Zweck der Beteiligung ist, verfahrensrechtliche Mitwirkungsfunktionen einzuräumen.[124] Beteiligte haben das Recht auf Bestellung eines Rechtsanwalts und Anspruch auf umfassende Übersendung der zu den Akten gelangten Schriftstücke und damit grundsätzlich auch eines Gutachtens. Dieser Anspruch kann allerdings durch den in § 164 S. 2 FamFG zum Ausdruck kommenden allgemeinen, kinderschützenden Rechtsgedanken beschränkt sein,[125] wenn durch die Übersendung des Gutachtens Nachteile für die Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit des Jugendlichen zu befürchten sind. Nach § 155 Abs. 3 FamFG soll das Gericht das persönliche Erscheinen der verfahrensfähigen Beteiligten zum Termin anordnen, jedoch wird die Teilnahme des verfahrensfähigen Kindes aus Gründen des Kindeswohls häufig nicht angezeigt sein.[126]

---

[121] Zu den insoweit in Betracht kommenden Verfahren sowie dem diesbezüglichen Meinungsstreit vgl. Thomas/Putzo/*Hüßtege*, 42. Aufl. 2021, § 9 FamFG Rn. 6; Musielak/Borth/*Borth*/*Grandel*, 6. Aufl. 2018, § 9 Rn. 3 und § 172 Rn. 6.

[122] BGH FamRZ 2021, S. 1402 mit Anm. *Zorn*; siehe aber auch BVerfG FamRZ 2021, S. 1725 mit Anm. *Splitt*.

[123] Zum fehlenden Gleichklang mit der Beschwerdebefugnis des Minderjährigen nach § 60 FamFG kritische Anmerkung von *Lack* in NJW 2021, S. 2738 und zu den Schwierigkeiten bei einem Antrag nach § 1887 Abs. 2 S. 2 BGB bei verbundenen Verfahren OLG Hamburg JAmt 2021, S. 531.

[124] Keidel/*Sternal*, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 49 ff.

[125] BGH FamRZ 2021, S. 1402; OLG Saarbrücken FamRZ 2021, S. 684 jeweils zum Unterbringungsverfahren.

[126] MüKoFamFG/*Heilmann*, 3. Aufl. 2018, § 155 Rn. 70.

Zweifellos muss ein Kind, insbesondere ab 14 Jahren, auch bei der Herstellung von Einvernehmen altersentsprechend einbezogen werden, da es selbst maßgeblich vom Ausgang des Verfahrens betroffen ist. Es muss zudem stets das Gefühl der Möglichkeit einer aktiven Einflussnahme auf das Verfahren erhalten, um sich nicht als ohnmächtiges Objekt eines zwischen Erwachsenen geführten Streits wahrzunehmen. Dies kann aber auch durch seine Anhörung und die Ermittlung seiner Wünsche und Vorstellungen in der Anhörung sichergestellt werden. Dabei sollte das Kind immer dadurch entlastet werden, dass es darauf hingewiesen wird, dass seine Vorstellungen und Wünsche einbezogen werden, die Entscheidung aber nicht durch das Kind, sondern durch die Eltern oder, wenn diese sich nicht einigen können, durch das Gericht getroffen wird.[127] Die vom BGH abgelehnte Verfahrensfähigkeit gerade in Kinderschutzverfahren ist – unabhängig von der rechtlichen Einordnung – auch aus praktischer Sicht zutreffend. Zum einen hat noch kein verfahrensfähiges Kind, dem ich in der Anhörung angeboten habe, an der nachfolgenden Erörterung mit den Erwachsenen teilzunehmen, dieses Angebot angenommen. Die Kinder bekundeten vielmehr weit überwiegend, dass sie in den Erwachsenenstreit nicht einbezogen werden wollen. Hinzu kommt in Kinderschutzverfahren, dass auch Kinder, deren Wohl durch ihre Eltern gefährdet wird, in aller Regel an ihnen hängen und sie sogar bei massiven Misshandlungen nicht selten zu ihnen zurückkehren wollen. Im Idealfall gelingt es doch noch, Eltern zur Mitarbeit zu bewegen, so dass eine Rückführung der Kinder möglich wird. Gerade in Kinderschutzverfahren kommen jedoch häufig Dinge zur Sprache, die den Kindern eine unbeschwerte Rückkehr möglicherweise nicht ermöglicht. Die Einschränkung ihrer Beteiligungsrechte auch bei bestehender Verfahrensfähigkeit über den Kindesschutzgedanken des § 164 S. 2 FamFG geht in die gleiche Richtung.

Siebtes Beispiel aus der Praxis: Alexander

Der Senat war immer wieder mit einer Frau befasst, die mehrfach wegen Betrugs verurteilt war, zuletzt zu einer langjährigen Haftstrafe. Sie hatte fünf Kinder. Die ihr nach Haftentlassung vom Senat rückübertragene elterliche Sorge hat das Familiengericht wieder entzogen, weil die Familie die Unterkunft erneut verloren hat und ein weiteres Strafverfahren wegen Einmietbetrug anhängig war. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat waren zwei Töchter bereits volljährig, die Volljährigkeit des Sohnes Alexander stand kurz bevor. Im Beschwerdeverfahren legte die Mutter einen neuen Mietvertrag mit ihrer gerade volljährig gewordenen

[127] Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 156 Rn. 44.

Tochter (einer Schülerin) vor, die der Mutter ein von ihr vorher für 1,6 Millionen Euro erworbenes, ländlich gelegenes Luxusanwesen (unter anderem mit Pferdestallungen und mehreren Hektar Grund) für 1.000 Euro im Monat vermietete. Die Argumentation ging dahin, dass die Unterkunft der Familie damit sichergestellt sei. Alexander bestand auf seiner Anwesenheit bei der Einvernahme der vom Senat als Zeugin geladenen und aus der Haft vorgeführten Veräußerin des Anwesens. Die Frau war ebenfalls zu einer mehrjährigen Haft verurteilt worden, weil sie ihren Ehemann mit einer Garotte getötet, ihm anschließend alle Zähne herausgebrochen und schließlich versucht hat, ihn zu verbrennen. Noch während der Senat über seine Teilnahme beriet, hat Alexander das OLG jedoch verlassen.

IX. Der Verfahrensbeistand, §§ 158 ff. FamFG

1. Einführung

Die früher in einer Vorschrift zusammengefassten Regelungen betreffend den Verfahrensbeistand wurden auf vier Vorschriften aufgeteilt. § 158 FamFG befasst sich mit der Bestellung des Verfahrensbeistands,[128] § 158a FamFG mit seiner fachlichen und persönlichen Eignung, § 158b FamFG mit seiner Aufgabe und Rechtsstellung und § 158c FamFG schließlich mit seiner Vergütung und den Kosten. § 158 Abs. 2 FamFG enthält die Fälle, in denen eine Bestellung zwingend erforderlich ist, nämlich in Verfahren, in denen der Entzug der Personensorge nach §§ 1666, 1666a BGB, ein Umgangsausschluss nach § 1684 Abs. 4 BGB und Verbleibensanordnungen nach §§ 1632 Abs. 4, 1682 BGB in Betracht kommen. In § 158 Abs. 3 FamFG sind darüber hinaus Regelbeispiele für die Bestellung eines Verfahrensbeistands enthalten.

[128] Zur Anhörung vor Verfahrensbeistandsbestellung OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2021, S. 879, insbesondere wenn die Notwendigkeit der Bestellung eines Verfahrensbeistands nach § 158 FamFG zweifelhaft und kein besonderes Eilbedürfnis gegeben ist.

2. Aufhebung der Bestellung[129]

Die gesetzliche Neuregelung des § 158 FamFG enthält in Abs. 4 S. 2 eine ausdrückliche Regelung zur Aufhebung der Bestellung für den Fall, dass der Verfahrensbeistand dies beantragt und seiner Entlassung keine erheblichen Gründe entgegenstehen (Nr. 1) oder die Fortführung des Amtes die Interessen des Kindes gefährden würde (Nr. 2).[130] Schon bisher ergab sich aus der Regelung zur Unanfechtbarkeit der den Verfahrensbeistand betreffenden Regelungen in § 158 Abs. 3 S. 4 FamFG a.F. („deren Aufhebung") jedenfalls mittelbar, dass eine Aufhebung der Bestellung grundsätzlich möglich war.

Erhebliche Gründe können einer Abberufung des Verfahrensbeistands auf eigenen Antrag entgegenstehen, wenn das Amt zur Unzeit, etwa kurz vor Verfahrensabschluss oder zur Vermeidung besonderer Anforderungen, aufgegeben werden soll.[131] Die Fortführung des Amtes kann die Interessen des Kindes gefährden, wenn der Verfahrensbeistand seine Tätigkeit wegen einer Erkrankung nicht fortführen kann, aber auch wenn er nur unzureichend oder unzuverlässig tätig wird oder seine Aufgaben in einer die Kindesinteressen verkennenden oder gar missachtenden Weise wahrnimmt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Verfahrensbeistand grundsätzlich nicht wegen der Art und Weise, mit der er sein Amt wahrnimmt, entlassen werden kann, da er weder weisungsgebunden ist noch der Aufsicht des Familiengerichts unterliegt.[132] Liegen ausnahmsweise Gründe für eine Abberufung des Verfahrensbeistands vor, weil dieser nicht (mehr) als Interessenvertreter des Kindes geeignet erscheint,[133] ist darauf zu achten, dass dem neuen Verfahrensbeistand genug Zeit verbleibt, sich mit dem Kind und den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten vor Teilnahme an der Kindesanhörung hinreichend vertraut zu machen.[134]

---

[129] KG FamRZ 2022, S. 212; noch zum alten Recht AG Euskirchen ZKJ 2020, S. 319; OLG Karlsruhe FamRZ 2014, S. 1136; MüKoFamFG/*Schumann*, 3. Aufl. 2018, § 158 Rn. 54; Prütting/Helms/*Hammer*, 5. Aufl. 2020, § 158 Rn. 54; siehe auch OLG Hamburg FamRZ 2016, S. 1694: keine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit.

[130] Zur Entlassung vgl. auch das DIJuF-Rechtsgutachten vom 25.2.2021, JAmt 2021, S. 507.

[131] *Beate Jokisch*, Das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder – Änderungen des FamFG, FuR 2021, S. 471, 474.

[132] KG FamRZ 2022, S. 212; *Beate Jokisch*, Das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder – Änderungen des FamFG, FuR 2021, S. 471, 474.

[133] Vgl. etwa OLG Karlsruhe FamRZ 2014, S. 1136: unüberbrückbare Differenzen nach einer Strafanzeige des Verfahrensbeistands gegen einen Elternteil; AG Euskirchen ZKJ 2020, S. 319: Ungeeignetheit des Verfahrensbeistands.

[134] BGH FamRZ 2011, S. 796.

3. Schriftliche Bekanntgabe der Entscheidung als explizite Aufgabe

Die in § 158b FamFG enthaltene Beschreibung der Aufgaben und Rechtsstellung des Verfahrensbeistands entspricht im Wesentlichen den in § 158 Abs. 4 FamFG a.F. enthaltenen Regelungen. Gemäß § 158b Abs. 1 S. 2 FamFG soll der Verfahrensbeistand eine schriftliche Stellungnahme erstatten, was in der überwiegenden Zahl der Fälle bereits bisher erfolgt ist. Eine nur mündliche Stellungnahme ist danach künftig nur noch in Ausnahmefällen möglich, etwa wenn das Gericht sehr kurzfristig terminiert oder es für den Verfahrensbeistand zu unverschuldeten Schwierigkeiten bei der Kontaktaufnahme mit dem Kind kommt. Nach § 158b Abs. 1 S. 4 FamFG soll der Verfahrensbeistand den gerichtlichen Beschluss mit dem Kind erörtern, wenn das Verfahren durch Endentscheidung endet. Durch das Gespräch soll sichergestellt werden, dass das Kind von dem Ergebnis des Verfahrens in kindgerechter Weise informiert wird und die Möglichkeit hat, Fragen zu stellen. Ein Absehen von der Besprechung kommt bei sehr kleinen Kindern und schon älteren verfahrensfähigen Jugendlichen in Betracht, denen die Endentscheidung selbst zugestellt wird, insbesondere wenn die Entscheidung deren Willen entspricht. Die explizite Erweiterung des Aufgabenkreises ist zu begrüßen, auch wenn viele Verfahrensbeistände schon nach alter Rechtslage diese Aufgabe übernommen haben, die in aller Regel nicht vom Familiengericht geleistet werden kann, da das Kind hierfür noch einmal gesondert geladen werden müsste. Manchmal überdehnen die Verfahrensbeistände aber auch.

Achtes Beispiel aus der Praxis: Omas Liebling
In einem Verfahren auf Erlass einer Verbleibensanordnung zugunsten der Großmutter, bei der das Kind längere Zeit gelebt hat, und das nun zur Mutter zurückkehren sollte, legte die Großmutter Beschwerde gegen die Entscheidung des Familiengerichts ein, das eine Verbleibensanordnung ablehnte. Nach Beschwerderücknahme auf Anraten des Senats wandte sich die Verfahrensbeiständin mit so zahlreichen WhatsApp-Nachrichten an die Mutter, dass sie auf die Rückkehr des Kindes verzichten solle, dass deren Verfahrensbevollmächtigte den Senat – trotz Abschluss des Beschwerdeverfahrens – um Intervention bat.

4. Teilnahme an der Kindesanhörung

Hat das Kind einen Verfahrensbeistand, soll nach § 159 Abs. 4 S. 3 FamFG die persönliche Anhörung in dessen Anwesenheit stattfinden. Aus diesem Grund ist der Verfahrensbeistand zum Anhörungstermin zu laden. Das Anwesenheitsrecht

des Verfahrensbeistands soll dem Kind helfen, die ungewohnte Situation zu meistern und sich den Fragen des Gerichts zu öffnen. Zugrunde liegt der Gedanke, dass die Anwesenheit des ihm bekannten Verfahrensbeistands das Kind entlastet und dem Gericht so den Zugang zum Kind erleichtert.[135] Ob das Gericht dem Verfahrensbeistand ein Fragerecht zugesteht, steht in seinem Ermessen.[136]

Von der Anwesenheit des Verfahrensbeistands kann abgesehen werden, wenn dies im Einzelfall aus Gründen der besseren Sachaufklärung geboten ist.[137] Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Kind erklärt, nur in Abwesenheit des Verfahrensbeistands mit dem Richter sprechen zu wollen, auch wenn dieser Wunsch möglicherweise auf elterlicher Beeinflussung beruht.[138] Der Verfahrensbeistand kann auf die Teilnahme an der Kindesanhörung insgesamt verzichten[139] oder etwa auch später hinzukommen, wenn er dies für sinnvoll hält.

X. Schutzfunktion nach Sitzungsende und Verantwortung nach der Entscheidung

Nach dem Ende einer Anhörung oder des Erörterungstermins können sich vielfach Erfordernisse für Schutzmaßnahmen ergeben.[140] Das Familiengericht ist hier weitgehend auf eigene Kreativität angewiesen. Zwei Beispiele mögen das erläutern:

Neuntes Beispiel aus der Praxis: Fortsetzung des dritten Beispiels
Der Vater hatte seine Mutter mitgebracht, die nach der Anhörung des Kindes zusammen mit diesem und einem Wachtmeister im Dienstzimmer des Berichterstatters verblieb. Die aus dem Libanon stammende Mutter hatte mehrere Verwandte mitgebracht, die das Kind unmittelbar nach der Anhörung mitnehmen wollten, was der Senat unterbunden hat. Nach der Sitzung teilten die Wachtmeister mit, dass die

---

135 BGH FamRZ 2010, S. 1060.
136 BGH FamRZ 2010, S. 1060.
137 BGH FamRZ 2010, S. 1060.
138 Vgl. dazu These 1 des Arbeitskreises 11 auf dem 19. Deutschen Familiengerichtstag, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 17, 2012, S. 106.
139 BVerfG FamRZ 2020, S. 1579: Anwesenheitsrecht, nicht -pflicht.
140 Dazu *Katharina Lohse*, Nach dem Beschluss im familiengerichtlichen Kinderschutzverfahren: Zum Vorgehen des Jugendamts bei abweichender Einschätzung und zur Überwachung von „Auflagen“ durch das Jugendamt, JAmt 2021, S. 546.

Stimmung unter den im Foyer des OLG wartenden Verwandten der Mutter zunehmend aggressiver erscheine. Oma, Vater und Kind haben das OLG daraufhin mit Hilfe der Wachtmeister über den Keller und einen Verbindungsgang zum daneben liegenden Justizpalast unbemerkt verlassen.

Zehntes Beispiel aus der Praxis: Verantwortungsgemeinschaft
Nach der Trennung der Eltern blieb die Tochter bei der Mutter, der Sohn beim Vater, der das Kind zunehmend isolierte und einen Umgang mit der Mutter nicht mehr gestattete. Die Sachverständige kam, wie bereits in einem früheren Verfahren festgestellt, zu dem Ergebnis, dass der Vater schizophren, aber völlig krankheitsuneinsichtig sei und dass von ihm inzwischen eine erhebliche Gefahr ausgehe. Beide Eltern beantragten, wesentliche Teilbereiche des Sorgerechts für beide Kinder jeweils auf sie allein zu übertragen. Die Mutter erklärte, dass sie vorläufig mit einer Unterbringung des Sohnes, der sie inzwischen völlig ablehnte, in einer geeigneten Einrichtung einverstanden ist. Alle Fachkräfte schätzten das Risiko für den Sohn als extrem hoch ein, wenn der Vater im Verfahren unterliegt. Unmittelbar nach der Sitzung wurde mit dem Jugendamt besprochen, wie der Sohn ehestmöglich in Sicherheit gebracht werden könne, was ein paar Tage darauf – im Zusammenwirken mit der örtlichen Polizei – ohne Gewalt erfolgreich durchgeführt werden konnte, wobei das Vorgehen laufend mit dem Senat abgesprochen wurde.

XI. Schlussgedanken

Stellt man die Frage nach „Anspruch und Wirklichkeit“ bezogen auf kindgerechte Verfahren, so ist festzustellen, dass sich diese nicht nur in Kindschaftssachen – wenngleich dort in besonderem Maß – stellt. In anderen Verfahren nimmt das Gesetz Kinder nicht gleichermaßen in den Blick. Ihr Leidensdruck ist dort aber ebenso hoch, der verfahrensrechtliche Schutzwall zu ihren Gunsten jedoch deutlich niedriger.

Zwar wird das Kind in die Anhörung zu elterlicher Sorge und Umgang im Scheidungsverfahren gemäß § 128 Abs. 2 FamFG nicht einbezogen, angehört werden nur die Eltern. Benennen die Eltern ihre Kinder aber als Zeugen, etwa für den zwischen ihnen streitigen Trennungszeitpunkt, gibt es keinen § 163a FamFG vergleichbaren Schutz, der eine förmliche Vernehmung des Kindes als Zeuge ausschließt,

zumal die analoge Anwendung des § 163a FamFG auf andere Familiensachen abgelehnt wird.[141]

Wer einmal Akten in der Hand gehabt hat, in denen Kinder als Zeugen zur Trennungssituation der Eltern befragt wurden, kann bereits aus der protokollierten Aussage in aller Regel die Not des Kindes gut herauslesen. Gleiches gilt etwa für Gewaltschutzverfahren, in denen Kinder auch immer wieder als Zeugen für Übergriffe benannt werden.[142] Ich kenne keinen Familienrichter, der nicht versucht, durch gutes Zureden die Eltern oder weitere Beteiligte von der Einvernahme des Kindes als Zeugen abzubringen. Gelingt es nicht, lässt sich die Einvernahme nicht vermeiden. Manchmal rettet das Kind dann nur der Zufall.

Elftes Beispiel aus der Praxis: Das vermessene Oberlandesgericht
Eine Frau und ihre Tochter Sophia werden vom früheren Lebensgefährten der Frau nach der Trennung gestalkt. Das Mädchen, das von einem anderen Mann abstammt, ist bei der Trennung knapp 10 Jahre alt. Bezogen auf beide werden Kontakt- und Näherungsverbote sowie Distanzgebote ausgesprochen (Distanz mindestens 50 m). Bei der Mutter erfolgten die Anordnungen auf der Basis des Gewaltschutzgesetzes, beim Kind in einem Kinderschutzverfahren. Wegen zwei Verstößen hiergegen bezogen auf das Kind verhängte das Familiengericht ein Ordnungsgeld. Im Rahmen der sofortigen Beschwerde bestritt der Mann sowohl die beiden Verstöße als auch die Unterschreitung der Distanz und bot das Kind als Zeugin an. Da Distanzgebot und Näherungsverbot bezogen auf das Kind in einem Kinderschutzverfahren verhängt wurden, war die Einvernahme des Kindes als Zeuge gemäß § 163a FamFG ausgeschlossen. Nachdem die Mutter bei den maßgeblichen Verstößen unstreitig nicht anwesend war, blieb nur die Anhörung des Kindes nach § 159 FamFG. Die Wachtmeister haben im 1. Stock des OLG eine Strecke von 50 m ausgemessen. An einem Ende standen mein Praktikant und ein Wachtmeister, am anderen standen Sophia und ich. Das Mädchen hat nicht nur völlig überzeugend die Vorfälle an sich bestätigt, sondern auch, dass der Mann ihr deutlich nähergekommen ist als 50 m. Sie bezeichnete den Abstand zu ihr mit einem Punkt, der – ausgemessen – zu einem Abstand von lediglich 25 m führte.

---

[141] Johannsen/Henrich/Althammer/*Döll*, 7. Aufl. 2020, § 163a FamFG Rn. 2.

[142] Zwar ist auch im Rahmen des Freibeweisverfahrens eine behutsame Anhörung des Kindes möglich, liegen die Voraussetzungen des § 30 Abs. 3 FamFG vor, muss allerdings grundsätzlich ins Strengbeweisverfahren übergegangen werden.

Im Zentrum steht das Kind auch im Kindesunterhaltsverfahren, wenn es nach Erreichen der Volljährigkeit zu einem Rollenwechsel im Verfahren kommt. Hat der volljährig Gewordene beim Wegfall einer Verfahrensstandschaft gemäß § 1629 Abs. 3 BGB noch die Möglichkeit, von einem Beitritt abzusehen,[143] endet die gesetzliche Vertretung durch den Obhutselternteil gemäß § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB ohne weiteres mit Volljährigkeit. Der Volljährige sitzt dem Unterhaltsverpflichteten in der mündlichen Verhandlung jetzt selbst gegenüber. In der ganz überwiegenden Zahl von Verfahren wird dabei mehr als offenkundig, wie unwohl der junge Volljährige sich dabei fühlt. Im Rahmen der SGB VIII-Reform wurde viel über „Careleaver" diskutiert.[144] Im Unterhaltsrecht hat das gerade volljährig gewordene Kind keinerlei Schonfrist.

Zwölftes Beispiel aus der Praxis: Mein Vater, der Bankautomat
Ein gerade 18-Jähriger sitzt in einem Unterhaltsverfahren seinem Vater gegenüber. Es geht um Ausbildungsunterhalt für ein Jurastudium. Relativ schnell stellt sich heraus, dass die Finanzierung des Studiums für den einkommensstarken Vater nicht das Thema ist, sondern seine Verletztheit darüber, dass der Sohn keinen Kontakt zu ihm gehalten hat. Der Vater brachte es mit den Worten auf den Punkt, er habe sich gefühlt wie ein Bankautomat, den man nur aufsucht, wenn es um die Abhebung von Geld geht: „Geheimzahl eintippen, Geld nehmen und weg." Bei dieser Formulierung schaute der Sohn, der den Blick vorher starr auf den Tisch gerichtet hielt und seinen Anwalt sprechen ließ, zum ersten Mal auf. Es folgte ein Geplänkel über die zulässige Dauer des Studiums. Der Anwalt des Sohnes meinte, 10/11 Semester seien für ein vernünftiges Erstes Examen schon durchzustehen, während der Anwalt des Vaters davon ausging, nach sieben Semestern müsse Schluss sein. Der Vater legte sich dahingehend fest, er zahle so lange, wie die anwesende Richterin studiert habe und nicht länger. Danach war die Stimmung deutlich gelöster, Vater und Sohn sprachen nun unmittelbar miteinander, der Vergleich war schnell geschlossen.

In diesen Fällen können nur die Verfahrensbeteiligten und das Gericht das Interesse des Kindes, auch wenn es jetzt volljährig ist, in den Blick nehmen; das Gesetz selbst sieht – jedenfalls bislang – keinerlei Schutzmechanismen vor.

---

[143] BGH FamRZ 2013, S. 1378.
[144] https://igfh.de/sites/default/files/2021-09/Achterfeld_Careleaver%20%28002%29.pdf.

Kindgerechte Justiz aus sozialwissenschaftlicher Sicht

Heinz Kindler[*]

[*] Die in diesem Beitrag zitierten Online-Quellen wurden zuletzt abgerufen am 21.10.2022.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2022-2181

I. Einleitung

Der Ausdruck „child-friendly justice (kinderfreundliche Justiz)“ wurde vermutlich im Rahmen von Beratungen des Europarats geprägt und zum Titel einer einflussreichen Leitlinie gemacht.[1] In der deutschen Übersetzung ist hieraus der Begriff „kindgerechte Justiz“ geworden.[2] Möglicherweise war die Annahme, dass sich die Rechtsdiskussion in Deutschland eher für Gerechtigkeit als für Freundlichkeit zu erwärmen vermag.

Gemeint ist aber mit beiden Ausdrücken das Gleiche, nämlich „ein Justizsystem, das die Einhaltung und wirksame Umsetzung aller Kinderrechte auf dem höchstmöglichen Niveau garantiert“.[3] Diese Definition gibt sich mutig, ja maximalistisch, mit der kleinen, aber entscheidenden Einschränkung, dass nicht gesagt wird, auf welchem Weg dieses höchstmögliche Niveau bestimmt werden soll.

Ziel dieses Beitrags ist es, das Potenzial der Sozialwissenschaften hierbei näher auszuloten, sowohl für die Beschreibung der gegenwärtigen Situation als auch für die Bestimmung dessen, was an kindgerechter Justiz möglich ist. Das klingt erst einmal langweilig, weil selbstverständlich, ist es aber nicht. In der Leitlinie und in darauf aufbauenden Dokumenten spielen nämlich sozialwissenschaftliche Befunde allenfalls als unausgesprochener Hintergrund eine Rolle. Aktuell hat beispielsweise der „Nationale Rat gegen sexuelle Gewalt an Kindern und Jugendlichen (NR)“ im Jahr 2021 unter Berufung auf den Europarat einen „Praxisleitfaden zur Anwendung kindgerechter Kriterien für das Strafverfahren“ verabschiedet.[4] Dieser Leitfaden enthält mehr als 90 Empfehlungen für eine kindgerechte Praxis in Strafverfahren. Was er nicht enthält, sind Hinweise darauf, welche Empfehlungen wie in empirischer Evidenz gründen und welche nicht. Entsprechend dürfte dies bei Nutzung des Leitfadens schwer zu entscheiden sein. Noch schwerer ist es aber wohl, ein

---

[1] *Council of Europe*, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, 2011 (https://rm.coe.int/16804b2cf3).

[2] *Europarat*, Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz, 2012 (https://rm.coe.int/16806ad0c3).

[3] *Europarat*, Leitlinien (Anm. 2), S. 17.

[4] *Nationaler Rat gegen sexuelle Gewalt an Kindern und Jugendlichen*, Praxisleitfaden zur Anwendung kindgerechter Kriterien für das Strafverfahren, 2021 (https://www.bmfsfj.de/resource/blob/193088/2bef1f3aa789e3965a3df53e61291bfa/praxisleitfaden-zur-anwendung-kindgerechter-kriterien-fuer-das-strafverfahren-data.pdf).

Bewusstsein davon zu entwickeln, was im Leitfaden fehlt, obwohl es Evidenz dafür gibt.

Nehmen wir ein Beispiel aus dem Leitfaden. Auf Seite 19 findet sich eine als Ich-Botschaft formulierte Empfehlung für Ermittlungsrichterinnen und -richter zur Gestaltung der Vernehmung:

> „Ich schaffe eine Gesprächsatmosphäre, in der die Zeugin oder der Zeuge einen Sachbericht des Erlebten darlegen kann. Dabei stelle ich offene Fragen (keine Suggestivfragen), lasse der kindlichen Zeugin oder dem kindlichen Zeugen Raum zum eigenen Erzählen, biete Pausen an, ermuntere zum Weitermachen, ohne zu drängen, und begebe mich auf die sprachliche Ebene der Zeugin oder des Zeugen."

Eine identische Empfehlung findet sich auf Seite 23 für die Vernehmung durch Spruchrichterinnen und -richter. Im Abschnitt zu Vernehmungen durch die Polizei fehlt die Empfehlung (S. 8). Ist diese Empfehlung nun ganz oder in Teilen empirisch fundiert oder nicht?

Die Antwort auf diese Frage lautet, dass die Empfehlung erkennbar einige Elemente der mittlerweile gut entwickelten Befundlage dazu aufgreift, wie Kinder zu im Raum stehenden Gefährdungsereignissen exploriert, also Befragungen aufgebaut und geführt werden können.[5] Teilweise bleibt die Empfehlung hinter dem Literaturstand zurück, was aber mangels Auseinandersetzung mit der Befundlage weder deutlich noch begründet wird. Ein Beispiel wäre das Ergebnis, dass sich bei Befragungen ein bestimmter Aufbau empfiehlt und Kindern dabei bereits ziemlich am Anfang der Exploration zum Sachverhalt „Raum zum Erzählen" (auch freier Bericht genannt) gegeben werden sollte. Erwachsenen fällt dies häufig schwer, weil Kinder im freien Bericht nicht unbedingt geordnet und nachvollziehbar erzählen, d.h. Erwachsene müssen mit ihren Nachfragen warten, was ihnen in der Kommunikation mit Kindern regelhaft schwerfällt. Der Grund dafür, es trotzdem zu tun, ist die Erkenntnis,

---

[5] *Michael E. Lamb/Yael Orbach/Irit Hershkowitz/Phillip W. Esplin/Dvora Horowitz*, A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol, Child Abuse & Neglect 2007, S. 1201–1231.

dass im freien Bericht am ehesten belastbare und neue Informationen gegeben werden. Insbesondere aber fehlt in den Empfehlungen an dieser Stelle und anderen geeigneten Stellen im Text ein zentrales, aber unbequemes Ergebnis, nämlich die Bedeutung von Feedback und Training für qualitativ gute Befragungen von Kindern zu im Raum stehenden Gefährdungsereignissen.[6]

II. Juristische Diskurse zu kindgerechter Justiz und Sozialwissenschaften

Wenn weder die Leitlinien des Europarats noch die praxisnäheren Leitlinien des Nationalen Rats für kindgerechte Justiz in Strafverfahren explizit auf sozialwissenschaftliche Befunde eingehen, könnte es natürlich sein, dass dies einfach als unnötig empfunden wird.

Rechtsentwicklung entfaltet sich ja zunächst einmal stark aus innerrechtlichen Gründen heraus, wobei in erster Linie Initiativen der Legislative, höchstrichterliche Entscheidungen und völkerrechtliche Vorgaben verarbeitet werden.[7] Für die Entwicklung der Vorstellungen zu kindgerechter Justiz spielt die Auseinandersetzung mit der UN-Kinderrechtskonvention und der Europäischen Menschenrechtskonvention eine wichtige Rolle. Beide Konventionen enthalten zahlreiche unbestimmte Begriffe, etwa den Begriff des Kindeswohls oder der Achtung des Familienlebens.

Sozialwissenschaftliche Erkenntnisse können bei rationalen,[8] d.h. hier nachvollziehbaren und belegbar wirklichkeitsbezogenen Auslegungen solcher Begriffe helfen,

[6] *David J. La Rooy/Sonja P. Brubacher/Anu Aromäki-Stratos/Mireille Cyr/Irit Hershkowitz* et al., The NICHD protocol: A review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers, Journal of Criminological Research, Policy and Practice 2015, S. 76–89.
[7] *Thomas Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2009. Für das BGB: *Hans-Peter Haferkamp*, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2022. Bezogen auf das Kindeswohl im BGB: *Katharina Parr*, Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB, 2005 (https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/frontdoor/index/index/docId/1539).
[8] Für eine Einführung in die Vielfalt von Rationalitätsbegriffen siehe *Susanne Hahn*, Rationalität: Eine Kartierung, 2017. Für eine gründliche Auseinandersetzung mit den möglichen Rollen empirischer Forschung im juristischen Denken siehe *Susan Haack*, Evidence Matters. Science, Proof and Truth in the Law, 2013.

allerdings sind sie kein Weg, um verbindliche Interpretationen zu erzwingen.[9] Dafür mangelt es den Sozialwissenschaften zum einen an der Legitimation. Zum anderen verstehen sie sich als Lerngemeinschaften, sind daher strukturell für Weiterentwicklungen ihrer Erkenntnisse offen und eigenwillige Einzelmeinungen sind vergleichsweise verbreitet. Es ist in der Regel sehr viel einfacher anzugeben, welche Rechtsnormen für die Gestaltung eines Verfahrens oder eine Entscheidung zugrunde zu legen sind, als anzugeben, welche Befunde mit welcher Bedeutung heranzuziehen sind. Auch gibt es in den Sozialwissenschaften keine Revisionsinstanzen, die wissenschaftliche Kontroversen entscheiden könnten. Allerdings bedeutet dies nicht, dass Beliebigkeit herrscht und es keinerlei gesicherte Befundlage gibt. Die Rolle, gesicherte Befundlagen festzuhalten, kommt in den Sozialwissenschaften Handbüchern und systematischen Forschungsübersichten bzw. Meta-Analysen zu, von denen sich einige auch mit Fragen kindgerechter Justiz beschäftigen. Bei den Handbüchern wären etwa *Lamb* et al. (2015) und *Drozd* et al. (2016) zu nennen.[10] Relevante systematische Forschungsübersichten bzw. Meta-Analysen beschäftigen sich beispielsweise mit den Erfahrungen von Kindern in familiengerichtlichen Verfahren,[11] Unterschieden zwischen Kindern mit und ohne Wechselmodell hinsichtlich verschiedener Kindeswohlindikatoren[12] oder der Aussagekraft kriterienorientierter Aussagenanalysen.[13] Für Bereiche, zu denen nur Einzeluntersuchungen vorliegen, gibt es zudem Systematiken möglicher Fehlerquellen in empirischen Studien, die bei der Beurteilung der Aussagekraft einer Untersuchung hilfreich sind.[14] Angesichts des umfassenden Verständnisses von Kindeswohl in der juristischen Literatur und

---

[9] Exemplarisch für den Begriff des Kindeswohls in der UN-Kinderrechtskonvention: *Lothar Krappmann*, Das Kindeswohl im Spiegel der UN-Kinderrechtskonvention, EthikJournal 2013, S. 1–17.

[10] *Michael E. Lamb/Lindsay C. Malloy/Irit Hershkowitz/David La Rooy*, Children and the law, in: Michael E. Lamb/Richard M. Lerner (Eds.), Handbook of child psychology and developmental science, Bd. 4, 2015, S. 464–512; *Leslie Drozd/Michael Saini/Nancy Olesen* (Eds.), Parenting plan evaluations: Applied research for the family court, 2016, https:// doi.org/10. 1093/med:psych/9780199754021.001.0001.

[11] *Rachel Birnbaum/Michael Saini*, A qualitative synthesis of children's participation in custody disputes, Research on Social Work Practice 2012, S. 400–409.

[12] *Amadine Baude/Jessica Pearson/Sylvie Drapeau*, Child adjustment in joint physical custody versus sole custody: A meta-analytic review, Journal of Divorce & Remarriage 2016, S. 338–360.

[13] *Verena Oberlader/Laura Quinten/Rainer Banse/Renate Volbert/Alexander F. Schmidt/Felix D. Schönbrodt*, Validity of content-based techniques for credibility assessment – How telling is an extended meta-analysis taking research bias into account? Applied Cognitive Psychology 2021, S. 393–410.

[14] Z.B. *George E. Matt/Thomas D. Cook*, Threats to the validity of generalized inferences, in: Harris Cooper/Larry V. Hedges/Jeffrey C. Valentine (Eds.), The handbook of research synthesis and meta-analysis, 2009, S. 537–560.

des Zwangs in der sozialwissenschaftlichen Forschung zur genauen Spezifikation untersuchter Aspekte, braucht es aber regelhaft viele Studien zu verschiedenen Aspekten des Kindeswohls, bis von einer gesicherten Befundlage im Hinblick auf eine Frage ausgegangen werden kann.

Was die Sozialwissenschaften also anbieten können, sind relativ langsame, weil auf gesicherte Befundlagen verwiesene Klärungen von empirisch zugänglichen Streitfragen, die Gesellschaft und Gerichte beschäftigen, sowie wesentlich schnellere, weil auch mit einzelnen empirischen Untersuchungen mögliche Denkanstöße, die in der Diskussion um eine kindgerechte Justiz helfen können, die Eigenlogik innerjuristischer Diskussionen zu begrenzen und die Größe der Aufgabe nicht aus dem Blick zu verlieren. Drei solcher empirisch begründeten Denkanstöße möchte ich vorstellen.

III. Was bedeutet im Familienrecht, Gefahren für das Kindeswohl abzuwenden?

In familiengerichtlichen Kinderschutzverfahren, in denen sich eine kindgerechte Justiz besonders bewähren muss, wird regelmäßig darum gerungen, wie nach Vernachlässigung, Misshandlung und Missbrauch erneute Gefährdungsereignisse verhindert werden können. Weniger regelmäßig wird darum gerungen, wie infolge der Gefährdung bei Kindern bereits entstandene Schädigungen abgemildert oder ausgeglichen werden können. Vielfach besteht die (unausgesprochene) Hoffnung, die Entwicklung des Kindes werde sich schon normalisieren, wenn es keine erneuten Gefährdungsereignisse gibt. Auch wird manchmal darauf verwiesen, dass Kinder kein Recht auf bestmögliche Fürsorge, Erziehung und Förderung hätten.[15] Insbesondere aber wird die in § 1666 Abs. 1 BGB geforderte „Abwendung der Gefahr" so interpretiert, dass vor allem unmittelbar von den Sorgeberechtigten ausgehende Gefahren in den Blick genommen, beim Kind bereits angestoßene und dann fortlaufende innere Schädigungsprozesse aber nicht gezielt betrachtet werden müssten. Wer will, kann darin einen Teil der noch nicht überwundenen Erwachsenenzentrierung in der Familiengerichtsbarkeit sehen, die auch Gespräche mit Kindern und

[15] Z.B. BVerfG 20.1.2016 – 1 BvR 2742/15, Rz. 12.

deren Einbezug in die Entscheidungsfindung zu fachlich unterschätzten Aufgaben macht.[16]

Ein derartiges, zwar etabliertes und daher als selbstverständlich empfundenes, tatsächlich aber enggeführtes Verständnis von der „Abwendung vorhandener Gefahren" ist aus drei Gründen nicht angebracht: (a) Zunächst zeigen Studien, dass trotz Kinderschutzinterventionen ein erheblicher Teil der von Vernachlässigung, Misshandlung oder Missbrauch betroffenen Kinder langfristig, etwa als junge Erwachsene, erhebliche Beeinträchtigungen aufweist, sich die Hoffnung auf eine Normalisierung der Entwicklung nach einer Kinderschutzintervention also häufig nicht erfüllt. In einer solchen Studie aus Schweden, da dort die Datenschutzbestimmungen solche Langzeitstudien erlauben, hatten gut 45% junger Erwachsener mit einer Kinderschutzintervention in der Vorgeschichte erhebliche Probleme mit der psychischen Gesundheit, dem Einhalten von Regeln oder dem ökonomischen Selbsterhalt.[17] Auch in einer deutschen Studie mit einer 3-Jahres Nachschau nach Gefährdungsmitteilungen beschrieben Jugendamtsfachkräfte bei 60% der vernachlässigten Kinder, die die mit Abstand größte Gruppe an Gefährdungsfällen darstellten, einen insgesamt ungünstigen Entwicklungsverlauf.[18] (b) Weiter gibt es Untersuchungen, die für die Jahre des Aufwachsens von Kindern eruiert haben, in welchen Entwicklungsperioden bzw. Altersabschnitten sie Vernachlässigung, Misshandlung oder Missbrauch erleben mussten. Diese Studien haben gezeigt, dass Gefährdungserfahrungen im Kleinkind- oder Kindergartenalter und teilweise auch in der mittleren Kindheit selbst dann mit Schädigungen einhergehen, wenn später keine Gefährdung mehr auftritt.[19] Dies deutet auf weiterlaufende innere Schädigungsprozesse bei zumindest einem Teil der Kinder hin. (c) Schließlich gibt es zunehmend mehr

[16] *Janin Zimmermann/Ina Bovenschen/Heinz Kindler*, Berücksichtigung des Kindeswillens aus psychologischer Perspektive, JAmt 2021, S. 367–371.

[17] *Bo Vinnerljung/Knut Sundell/Cecilia A. Löfholm/Eva Humlesjö*, Former Stockholm child protection cases as young adults: Do outcomes differ between those that received services and those that did not?, Children and Youth Services Review 2006, S. 59–77.

[18] *Heinz Kindler/Birgit Jagusch/Heinz Müller/Laura DePaz*, 3-Jahres Katamnese von Kinderschutzfällen eines großstädtischen Jugendamtes (in Vorbereitung).

[19] Z.B. *Jody Manly/Jungmeen Kim/Fred A. Rogosch/Dante Cicchetti*, Dimensions of child maltreatment and children's adjustment: Contributions of developmental timing and subtype, Development and Psychopathology 2001, S. 759–782; *Raquel A. Cowell/Dante Cicchetti/Fred Rogosch/Sheree L. Toth*, Childhood maltreatment and its effect on neurocognitive functioning: Timing and chronicity matter, Development and Psychopathology 2015, S. 521–533.

Forschung zu sogenannten Kaskaden, also aufeinander aufbauenden Schritten bei der Entfaltung von Problemen.[20] Beispielsweise beginnt eine empirisch sehr gut belegte Problem-Kaskade mit erzieherischer Vernachlässigung in der frühen Kindheit, woraufhin Kinder lernen, dass sie sich unangenehmen elterlichen Anforderungen entziehen können, indem sie Konflikte mit den Eltern eskalieren (z.B. sich weigern oder einen Wutanfall bekommen). Über viele Erfahrungen hinweg wird dies bei Kindern ein nahezu automatisches Verhalten, mit der Folge, dass betroffene Eltern sich noch weiter aus der Erziehung zurückziehen. Im Kindergarten und in der Schule können Fach- und Lehrkräfte diesen Weg aber nicht wählen, weshalb betroffene Kinder dann viele Konflikte erleben, an Verhaltens- und Lernanforderungen, die Anstrengung verlangen, scheitern und häufig auch Ausgrenzung erfahren. Im Übergang zum Jugendalter führt der Weg aus der Ausgrenzung heraus dann über die Gruppenbildung mit Gleichaltrigen, die ebenfalls viel Distanz zu Erwachsenen und zu Regeln aufweisen und es wird gemeinsam mit regelbrechendem Verhalten experimentiert.[21] Die Kaskade zeigt, wie frühe Vernachlässigung nachwirkt und Selbstbild, Lernstand und Verhaltensmöglichkeiten von Kindern auch jenseits der Familie prägt. Andere Kaskaden betreffen kumulierende Lernrückstände und die nachfolgende Entwicklung von Lernstörungen bei kognitiv vernachlässigten Kindern oder posttraumatische Symptome bei manchen sexuell missbrauchten Kindern und die nachfolgende Entwicklung von selbstverletzendem Verhalten und einem betäubenden Suchtmittelgebrauch. Gemeinsam ist all diesen Prozessen, dass sie jenseits notwendiger Anstrengungen zum Schutz vor erneuter Vernachlässigung, Misshandlung und Missbrauch zusätzlich kindbezogene Interventionen verlangen, wenn die entstandene Gefährdung tatsächlich abgewendet werden soll.

Wenn es für die Abwendung vorhandener Gefahren entsprechend § 1666 Abs. 1 BGB nicht reicht, nur die Gefahr erneuter Gefährdungsereignisse in den Blick zu nehmen, gehört es zur Sachverhaltsaufklärung der Gerichte zu erörtern, welche Schädigungsprozesse im Kind bereits angestoßen sind und innerlich fortlaufen. Denn nur dann kann das Gericht entscheiden, ob die Eltern selbst oder in Frage kommende Ergänzungspfleger bzw. Vormünder geeignet sind, auch diesen Gefahren zu begegnen. Entsprechend ist es sinnvoll im Verfahren danach zu fragen, was

[20] *Cathy S. Widom*, Longterm consequences of child maltreatment, in: Jill Korbin/Richard D. Krugman (Eds.), Handbook of child maltreatment, 2014, S. 225–247.

[21] *Gerald Patterson/John Reid/Thomas Dishion*, Antisocial boys, 1992.

Sorgeberechtigte oder Vormünder bzw. Ergänzungspfleger für ein Kind leisten oder veranlassen müssen, damit bereits entstandene Beeinträchtigungen nicht weiter die Entwicklung schädigen.

IV. Von der bloßen Durchführung zur Qualität von Anhörungen

Kaum etwas ist so sehr zu einem Emblem der Bemühungen um eine kindgerechte Familiengerichtsbarkeit geworden wie die Forderung, Kinder bei Fragen, die ihr Leben wesentlich betreffen, in Verfahren anzuhören. Die zunehmende Verbindlichkeit der Ausgestaltung von Anhörungspflichten der Familiengerichte, zuletzt durch die Neufassung des § 159 FamFG, legt davon Zeugnis ab. Tatsächlich hatten zuvor eine Reihe von Studien darauf hingewiesen, dass Anhörungen von Kindern in Kindschaftsverfahren in einer bedeutsamen Minderheit der Fälle nicht erfolgen.[22] Zudem hat eine Untersuchung gezeigt, dass Anhörungen dem Grundsatz „Primum non nocere" (Zuerst einmal nicht schaden) genügen, also in der großen Mehrheit der Fälle keine massiveren oder länger anhaltenden Belastungsreaktionen oder Verunsicherungen erkennbar sind.[23]

Tatsächlich möchten sich Kinder in ihrer übergroßen Mehrheit auch äußern, solange sie sich nicht zu einer Entscheidung gezwungen fühlen, die sie nicht treffen wollen oder nicht verstehen.[24] In einer der aussagekräftigsten Studien hierzu wurden Kinder mit und ohne Anhörung in potenziell besonders belastenden Kinderschutzverfahren befragt.[25] Die große Mehrzahl aller Kinder wünschte sich eine Beteiligung und tatsächlich angehörte Kinder bestätigten diese Sichtweise auch nach ihrer An-

[22] Für eine Übersicht siehe *Heinz Kindler*, Rechtliche Vorgaben zur Kindesanhörung und kindgerechte Anhörung, in: Jörg. M. Fegert/Thomas Meysen/Heinz Kindler/Katrin Chauviré-Geib, Ulrike Hoffmann, Eva Schumann (Hrsg.), Gute Kinderschutzverfahren, 2023 (in Vorbereitung).
[23] *Michael Karle/Sandra Gathmann*, The state of the art of child hearings in Germany. Results of a nationwide representative study in German courts, Family Court Review 2016, S. 167–185.
[24] Für eine Forschungsübersicht siehe *Janin Zimmermann/Ina Bovenschen/Heinz Kindler*, Berücksichtigung des Kindeswillens aus psychologischer Perspektive, JAmt 2021, S. 367–371.
[25] *Vicky Weisz/Twila Wingrove/Sarah J. Beal/April Faith-Slaker*, Children's participation in foster care hearings, Child Abuse & Neglect 2011, S. 267–272.

hörung. Entgegen manchmal geäußerten Vermutungen legen Kinder mit hochkonflikthaften Eltern sogar überdurchschnittlich viel Wert darauf, sich äußern zu können,[26] möglicherweise weil sie besonders häufig die Erfahrung machen, dass Erwachsene ihre Sichtweisen nur verzerrt wahrnehmen und transportieren.

Allerdings gibt es eine Reihe von Stellschrauben dafür, wie Kinder Anhörungen empfinden. Mit diesen Stellschrauben geht die Diskussion über die, von Einzelfällen nach § 159 Abs. 2 S. 1 FamFG abgesehen, mittlerweile entschiedene Frage hinaus, ob es Kindesanhörungen geben soll. In den Mittelpunkt rückt nun die Frage nach der Qualität von Anhörungen. Qualität ist im judikativen Kontext keine ganz einfache Kategorie[27] und welche Qualitätsdimensionen für Kindesanhörungen relevant sind, ist bislang weitgehend undiskutiert. Ziemlich sicher gibt es eine Dimension des kindlichen Erlebens. Auf dieser Dimension ist die Qualität einer Anhörung davon abhängig, inwieweit es gelingt, eine psychische Belastung des Kindes durch die Anhörung zu verhindern bzw. zu vermindern und das Erleben zu fördern, gehört zu werden. Viel der vorliegenden Forschung beschäftigt sich mit dieser Dimension. Durchgängig fand sich etwa ein Zusammenhang zwischen einer besseren Informiertheit von Kindern über ein Verfahren sowie über den konkreten Ablauf der Anhörung und einer geringeren psychischen Belastung.[28] Ebenso hat sich gezeigt, dass für Kinder ein spürbares Interesse des Gerichts, ihre Sichtweise zu verstehen, wichtig ist, selbst wenn das Ergebnis eines Verfahrens im Endeffekt nicht ihren Wünschen entspricht.[29] Eine zweite Qualitätsdimension betrifft die Informationshaltigkeit einer Anhörung, also den Beitrag zur kindeswohlbezogenen Entscheidungsfindung des Gerichts. Dieser Aspekt ist für eine kindgerechte Familiengerichtsbarkeit wichtig, insofern kindschaftsrechtliche Verfahren ja kein Selbstzweck sind, sondern die für das Kindeswohl relevanten Aspekte möglichst zutreffend herausgearbeitet werden sollen. Daher ist es kindgerecht, wenn Anhörungen so gestaltet werden, dass die Chance auf einen Informationsgewinn für das Verfahren möglichst groß ausfällt.

---

[26] Z.B. *Patrick Parkinson/Judy Cashmore*, The voice of a child in family law disputes, 2008.

[27] Für eine Auseinandersetzung siehe *Mirko Schulte*, Die Methode der richterlichen Straftatenprävention, 2016, S. 234 ff.

[28] Z.B. *Jodi A. Quas/Alexia Cooper/Lindsay Wandrey*, Child victims in dependency court, in: Bette L. Bottoms/Cynthia J. Najdowski/Gail S. Goodman (Eds.), Children as victims, witnesses, and offenders, 2009, S. 128–149.

[29] Z.B. *Deborah Goldfarb/Sarah M. Tashjian/Gail S. Goodman/Daniel Bederian-Gardner/Sue D. Hobbs* et al., After Child Maltreatment: The Importance of Voice for Youth in Foster Care, Journal of Interpersonal Violence 2021, Volume 36, Issue 13-14.

Kindesanhörungen können sich um verschiedene Themen drehen. Beispielsweise kann es in Anhörungen bei Streitigkeiten um den Lebensmittelpunkt eines Kindes, um die alltäglichen Erfahrungen mit Fürsorge und Erziehung bei beiden Elternteilen, die Beziehungen zu den Elternteilen und die Vorstellungen eines Kindes zum Lebensmittelpunkt gehen. In familiengerichtlichen Kinderschutzverfahren können im Raum stehende herausgehobene Gefährdungsereignisse, der Alltag von Fürsorge und Erziehung bzw. der Mangel daran oder die Sichtweisen des Kindes auf Schutz und Veränderung besprochen werden. Nur für einen kleinen Teil dieser Themen gibt es bislang sowohl Vorschläge dazu, wie gefragt werden kann, als auch empirische Befunde zur Informationshaltigkeit der resultierenden Angaben von Kindern. Insbesondere hat sich gezeigt, dass ein bestimmter Aufbau von Befragungen zu herausgehobenen Gefährdungsereignissen durch eine geschulte, freundlich zugewandte Befragungsperson zu mehr Informationen und (in Strafverfahren) mehr Verurteilungen führt.[30] Das ist wichtig, auch wenn im familiengerichtlichen Verfahren eine solche Befragung meist im Vorfeld einer Anhörung erfolgen wird. Die Praxis der Familiengerichtsbarkeit wird aber bislang mit der Mehrzahl der Themen und Inhalte von Kindesanhörungen von Seiten der Wissenschaft alleingelassen.

Von Bedeutung ist deshalb, dass wir in einen Diskurs darüber kommen, wie Anhörungen von Kindern zu verschiedenen Themen aufgebaut werden können und anschließend Forschungsprojekte initiieren, um Ergebnisse von Anhörungen für Kinder und Gerichte zu untersuchen. Im Projekt „Gute Kinderschutzverfahren" wurde etwa der Vorschlag entwickelt, sich in Kinderschutzverfahren den Sichtweisen von Kindern auf Schutz und Veränderung in drei Schritten zu nähern:[31]

- In einem ersten Schritt geht es darum, positive und negative Punkte des Lebens in der Familie aus Sicht des Kindes kennenzulernen. Dies ist ein wesentlicher Hintergrund für das Verständnis der Sichtweisen eines Kindes auf die anstehende Entscheidung. Der Punkt sollte an den Anfang gestellt werden, damit ein umfassendes Bild entstehen kann und nicht nur Gründe für

[30] Z.B. *Margaret-Ellen Pipe/Yael Orbach/Michael E. Lamb/Craig B. Abbott/Heather Stewart*, Do case outcomes change when investigative interviewing practices change?, Psychology, Public Policy, and Law 2013, S. 179–190; *Irit Hershkowitz/Michael E. Lamb*, Allegation rates and credibility assessment in forensic interviews of alleged child abuse victims: Comparing the revised and standard NICHD protocols, Psychology, Public Policy, and Law 2020, S. 176–184.
[31] *Kindler* (Anm. 22); siehe auch Ernst/Lohse/*Kindler*, Praxishandbuch Familiengerichtlicher Kinderschutz, 2022, Kap. 26 Rn. 168 ff.

oder gegen einzelne Maßnahmen gesammelt werden. Ein Einstieg kann über einzelne Fragen zum Tagesablauf erfolgen, deren Aufgabe es aber meist nicht ist, ganz neue Informationen zu generieren, sondern den Alltag in der Familie wachzurufen. Wenn die Sicht auf den Alltag in der Familie einigermaßen im Raum präsent ist, kann das Kind gebeten werden, zu benennen, was in der Familie bereits gut läuft und was sich ändern sollte. Hierfür stehen eine Reihe von Methoden zur Verfügung, von denen die 3-Häuser-Technik vermutlich zu den bekanntesten zählt.[32] Dabei werden auf drei Blätter Papier drei Häuser gezeichnet oder mit den Kindern gemalt, die als „Haus der guten Dinge", „Haus der Sorgen" und „Haus der Wünsche" bezeichnet werden. Die Kinder werden gebeten, meist beginnend mit dem „Haus der guten Dinge", in die drei Häuser zu zeichnen oder zu schreiben, was ihnen wichtig ist. Denkbar ist auch, dass mit der Verfahrensbeiständin bzw. dem Verfahrensbeistand bereits beschriftete Häuser vorbereitet und in der Anhörung vom Kind vorgestellt und besprochen werden, da der Zeitaufwand für die Methode ansonsten bei mindestens 20 Minuten liegt. Manche Kinder können keine Wünsche bzw. keinen Veränderungsbedarf benennen, weil ihnen die Vorstellung von oder Hoffnung auf Veränderung fehlt. Wenn Kinder aber Wünsche benennen, kann dies im Verfahren wichtig sein. Manche Kinder benennen keine Wünsche bezogen auf ihre Familie, sondern bezogen auf ihre Situation (z.B. Wunsch nach einer Rückführung). Dies kann aufgegriffen und nachgefragt werden, was daran gut wäre und ob sich zu Hause etwas ändern soll, damit in Zukunft nicht erneut eine Herausnahme nötig wird.

- In einem zweiten Schritt kann, am besten aufbauend auf den Wünschen des Kindes, notfalls aber auch aufbauend auf den Gründen für das Kinderschutzverfahren, gefragt werden, ob das Kind schon einmal alleine oder mit anderen überlegt hat, wie die Veränderung zu schaffen ist (z.B. dass es keine Misshandlungen mehr gibt oder ein Elternteil nicht mehr trinkt). Manche Kinder verneinen entsprechende Überlegungen, so dass dieser Schritt in der Anhörung teilweise schnell vorüber ist. Die genannten Fragen zu stellen ist aber wichtig, weil ungeeignete wie geeignete Veränderungsideen den Hintergrund für Willensäußerungen des Kindes zu eventuell im Raum stehenden Schutzmaßnahmen bilden und dem Gericht daher bekannt sein sollten. So kann es etwa sein, dass Kinder auf ihr eigenes Verhalten abstellen (z.B. wenn

[32] Z.B. *Andrew Turnell*, The Signs of Safety Workbook, 2012.

sie ganz brav seien, werde es bestimmt keine Schläge mehr geben) oder sich an Versprechen ihrer Eltern halten (z.B. die Mutter habe versprochen, nicht mehr zu trinken, wenn das Kind wieder zu Hause sei). Es kann aber auch sein, dass realistische Ideen geäußert werden, die dann in der Anhörung bzw. im Verfahren aufgegriffen werden können (z.B. die Mutter wolle in eine Klinik gehen).

- Soweit für ein Kind spürbare Maßnahmen vom Gericht angedacht sind oder vorgeschlagen wurden, können diese im dritten Schritt thematisiert und Reaktionen erfragt werden. Dabei kann es sinnvoll sein, Maßnahmen indirekt, nämlich über andere Fälle des Gerichts, zu thematisieren. Beispielsweise kann das Gericht einem Kind erklären, dass es in anderen Fällen manchmal bestimmt habe, ein Kind solle erst einmal woanders wohnen und die Eltern besuchen. Manche Kinder seien deshalb froh gewesen, andere traurig. Wieder andere Kinder hätten nicht gewusst, wie es ihnen mit der Idee gehe. Zu welcher Gruppe denn das Kind in der Anhörung gehöre? Der Vorteil einer solch indirekten Ansprache besteht darin, dass das anzuhörende Kind aus der Vereinzelung geholt wird und eine Bandbreite an möglichen Reaktionen aufgemacht wird, was eine Selbstzuordnung erleichtert. Wichtig ist, ausdrücklich die Antwortoption zu erwähnen, dass manche Kinder die Antwort nicht wüssten. Auf Anhörungen bezogene Ängste von Kindern kreisen nämlich häufig um den vermuteten Druck, sich entscheiden zu müssen.

Wenn Anhörungen dafür genutzt werden, den Kindeswillen zu erkunden, zeigen vorliegende Studien, dass etwa bei Auseinandersetzungen um den Lebensmittelpunkt von Kindern einige wenige Kinder Präferenzen äußern, die den beobachtbaren Qualitäten ihrer Beziehungen zu den Elternteilen entgegenlaufen.[33] In Kinderschutzverfahren lautet der Befund, dass eine deutliche Mehrheit der Kinder sich zum Zeitpunkt des Verfahrens für einen Verbleib bei der Person oder den Personen ausspricht, von der bzw. von denen die Gefährdung ausgeht.[34] Weil beide Befunde die Möglichkeit eröffnen, dass einige Kinder Wünsche äußern, die ihren Interessen

[33] *Heinz Kindler/Marianne Schwabe-Höllein/Petra August-Frenzel*, Einschätzungen zu Bindungsbeziehungen und geäußerter Kindeswille in einer Stichprobe von Sachverständigengutachten zu Sorgerechtsstreitigkeiten (§ 1671 BGB), Praxis der Rechtspsychologie 2021, S. 87–104.

[34] *Nicole Kratky*, Familienrechtliche Verfahren zum Kinderschutz: Eine Gerichtsaktenanalyse zur Rolle von elterlicher psychischer Gesundheit, Alleinerziehung und des Kindeswillens im Verfahrensverlauf, 2020.

deutlich zuwiderlaufen, ist es erforderlich, eine kindgerechte Familiengerichtsbarkeit nicht nur an der zuverlässigen und qualifizierten Durchführung von Kindesanhörungen zu messen. Vielmehr ist es zugleich notwendig, das Bewusstsein dafür zu stärken, dass der geäußerte Kindeswille stets der Interpretation bedarf. Hierfür sind andere Kindeswohlkriterien bedeutsam. Wichtig ist aber auch das Verständnis, dass der geäußerte Kindeswille eine Momentaufnahme vor dem Hintergrund der Erfahrungen und Erlebensweisen eines Kindes darstellt. Kinder in Gefährdungsfällen haben etwa wenig Anlass zu Vertrauen in Erwachsene und ziehen deshalb die bekannte Misere einer unbekannten Gefahr häufig vor. Tatsächlich zeigt ein amerikanischer Längsschnitt mit 290 Kindern aus Gefährdungsfällen, dass zum Zeitpunkt der Herausnahme zwei Drittel der Kinder bei einem Elternteil leben wollten. Nach 18 Monaten in einer Pflegefamilie wollte dann aber eine Mehrheit der Kinder in der Pflegefamilie verbleiben.[35]

Insgesamt zeigen diese Befunde, dass das Thema der Qualität von Kindesanhörungen im Kindschaftsrecht im Fachdiskurs noch zu entdecken ist. Einhergehend mit der verbindlichen Ausgestaltung von Kindesanhörungen ist zudem ein Konsens erforderlich, dass Äußerungen von Kindern einer Einordnung bedürfen, damit nicht die Verantwortung für schwierige Entscheidungen bei Kindern abgeladen wird.

V. Schmerzstellen: Verurteilungsquoten und Verfahrensdauern

Die vorangegangenen Absätze haben exemplarisch verdeutlicht, dass eine sozialwissenschaftlich fundierte, kinderfreundliche bzw. kindgerechte Justiz arbeitsaufwändig ist, was sich in den Zeitansätzen und der Personalbemessung niederschlagen muss, sofern es sich um ein gesellschaftlich ernsthaftes Anliegen handelt. Tatsächlich führt die Idee einer kinderfreundlichen bzw. kindgerechten Justiz aber auch an mindestens zwei Schmerzpunkte der gegenwärtigen rechtsstaatlichen Situation.

Ein solcher Punkt betrifft die absolut und relativ zu anderen europäischen Staaten generell sehr geringen Verurteilungsquoten bei Sexualstraftaten in Deutschland.[36]

[35] *Mimi V. Chapman/Sharon L. Christ*, Attitudes toward out-of-home care over 18 months: Changing perceptions of youths in foster care, Social Work Research 2008, S. 135–145.
[36] *Jörg-Martin Jehle*, Attrition and conviction rates of sexual offences in Europe: Definitions and criminal justice responses, European Journal on Criminal Policy and Research 2012, S. 145–161.

Der Punkt ist im Hinblick auf sexuelle Gewalt an Kindern und Jugendlichen für eine kindgerechte Justiz deshalb relevant, weil betroffene Kinder und Jugendliche, die im Ermittlungs- und Strafverfahren mitwirken, durch eine Verfahrenseinstellung oder eine als unverhältnismäßig gering empfundene Strafe zusätzlich psychisch belastet werden.[37] Kinderfreundlichkeit in der Justiz lässt sich nicht plausibel auf die Verfahrensgestaltung beschränken, sondern muss das Verfahrensergebnis mit einbeziehen, was sich auch unmittelbar aus der (in der Einleitung zitierten) Definition kindgerechter Justiz ergibt. Jenseits affirmativer Analysen, die lediglich Gründe für nicht erfolgreiche Strafverfolgung untersucht haben, fehlen in Deutschland bislang Studien, die sich auf Verbesserungsmöglichkeiten konzentrieren oder „gute Praxis" untersuchen. International finden Studien beispielsweise, dass sich Verurteilungsquoten durch die Qualifizierung der Befragungen von Kindern bzw. Jugendlichen als Opfer und eine stärker emotional zugewandte, im wahrsten Sinn des Wortes kinderfreundlichere Befragungshaltung steigern lassen.[38] Ausgehend von den Akten, die ich selbst sehe, denke ich, dass insbesondere fehlende Zeit für einen Beziehungs- und Vertrauensaufbau eine wesentliche Rolle beim Verstummen mancher Kinder im Verlauf von Verfahren spielt. Es will mir nicht wirklich in den Kopf, dass es zwar Standards für die Auswertung kindlicher Angaben gibt und Versuche, die Anzahl der Befragungen zu erfahrener sexueller Gewalt zu verringern. Gleichzeitig aber die Zeit, die Kinder sich nehmen können, um die Personen kennenzulernen, denen sie von sehr persönlichen und in aller Regel schambehafteten Erfahrungen erzählen sollen, äußert limitiert ist und sich in durchschnittlichen Akten auf ein bis drei Aufwärmfragen an ein Kind beschränkt. Wäre das nicht ein Ansatzpunkt für eine kindergerechtere Justiz?

Der zweite Schmerzpunkt betrifft die Verfahrensdauern. In einer Analyse bezogen auf familiengerichtliche Kinderschutzverfahren konnten *Münder* et al. zwischen

[37] *Jodi A. Quas/Gail S. Goodman/Simona Ghetti/Kristen W. Alexander/Robin Edelstein* et al., Childhood sexual assault victims: Long-term outcomes after testifying in criminal court, Monographs of the Society for Research in Child Development 2005.

[38] Z.B. *Irit Hershkowitz/Michael E. Lamb*, Allegation rates and credibility assessment in forensic interviews of alleged child abuse victims: Comparing the revised and standard NICHD protocols, Psychology, Public Policy, and Law 2020, S. 176–184.

1999 und 2014 keinerlei Rückgang der Verfahrensdauern feststellen.[39] Eine empirische Analyse der wichtigsten Zeitfresser steht aus. In einer Veranstaltung erklärte aber der Direktor eines mittelgroßen Amtsgerichtes, in ihrer Praxis sei das Hauptproblem bei der Verfahrensdauer der Mangel an Sachverständigen. Qualitative Interviews mit Richterinnen und Richtern bestätigen dies.[40] Falls dies zutrifft, ist (außer dem Phänomen der Verantwortungsdiffusion) unklar, warum es keine größeren Initiativen gibt, um Abhilfe zu schaffen. Der Bereich der Sachverständigen ist ein Markt freiberuflich tätiger Personen. Wenn sich die Nachfrage nicht wesentlich verringern lässt, gibt es die Möglichkeit, das Angebot auszuweiten. Bundesländer könnten etwa jederzeit an Kommunen und Träger mit dem Angebot herantreten, Personen an Erziehungsberatungsstellen eine Weiterqualifikation zu bezahlen oder der Bund könnte jederzeit ein E-Learning-Programm mit begleitenden Lerngruppen für die Qualifikation zusätzlicher Sachverständiger in Kinderschutzverfahren in Auftrag geben. Auf alle Fälle handelt es sich um ein prinzipiell lösbares, sogar untergesetzlich lösbares Problem, wenn es denn ernsthaft gelöst werden soll.

VI. Ausblick

Wie die meisten anderen in diesem Band bin ich davon überzeugt, dass eine kinderfreundlichere oder kindgerechtere Familiengerichtsbarkeit möglich und lohnenswert ist. Vielleicht ist deutlich geworden, warum ich glaube, dass sozialwissenschaftliche Befunde hierbei Kritik, vor allem aber Anregung bieten können. Aber natürlich können solche Anregungen nur im Dialog mit Rechtswissenschaft, Politik und vor allem der Praxis an den Familiengerichten wirksam werden. Denn, was letztlich zählt, ist die Weiterentwicklung alltäglicher Praxis.

---

[39] *Johannes Münder/Gabriele Bindel-Kögel/Helena Hoffmann/Wiebke Lampe/Reinhold Schone/Barbara Seidenstücker*, Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz – Zusammenfassung und Perspektiven, in: Johannes Münder (Hrsg.), Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz, 2017, S. 434.

[40] Z.B. *Münder* et al. (Anm. 39), S. 434.

Chancen und Grenzen der Kooperation zwischen Gericht und Jugendamt

Kathrin Wessels[*]

[*] Die in diesem Beitrag zitierten Online-Quellen wurden zuletzt abgerufen am 21.10.2022.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2022-2182

I. Einleitung

Familiengerichte und Jugendämter stehen bei problematischen Kinderschutzverläufen immer wieder stark in der Kritik (Hamburg, Staufen, Lügde, Münster, um nur einige zu nennen). In Fällen, in denen Kinder zu Schaden kommen, findet immer noch viel zu selten eine gründliche Aufarbeitung unter Beteiligung der Fallverantwortlichen statt. Dabei hatten die Regierungschefs der Länder und die Bundeskanzlerin schon bei ihrer Konferenz am 12. Juni 2008 beschlossen, Schwachstellen im Kinderschutz zu identifizieren und aus problematischen Kinderschutzverläufen systematisch lernen zu wollen. Nach dem Kinderschutzgipfel am 19. Dezember 2007 hat das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend sodann eine Expertise zu diesem Thema in Auftrag gegeben, die unter der Leitung von Prof. Fegert 2008 erstellt wurde.[1] Die Erkenntnis, dass gemeinsam mit den Fallverantwortlichen aus Fehlern gelernt werden muss und Qualitätsentwicklung so auf besondere Weise stattfindet,[2] ist also seit Jahren vorhanden. Stattdessen wird noch immer als erstes die Schuldfrage gestellt. Nahezu reflexartig wird auch die Forderung nach einer besseren Kooperation und Vernetzung im Kinderschutz, insbesondere zwischen Jugendamt und dem Familiengericht, erhoben. Das ist nicht erstaunlich, schließlich weist das Gesetz dem Familiengericht und dem Jugendamt als Teil der staatlichen Verantwortungsgemeinschaft im Kinderschutz ein besonderes Wächteramt mit Eingriffsbefugnissen zu, um Kinder und Jugendliche vor einer Kindeswohlgefährdung zu schützen, dem Jugendamt die Inobhutnahme gemäß § 42 Abs. 1 SGB VIII, wenn das Familiengericht nicht rechtzeitig erreicht werden kann, und dem Familiengericht die Sorgerechtseinschränkung bis hin zum Entzug der elterlichen Sorge gemäß §§ 1666 ff. BGB zu ermöglichen.

---

[1] *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (Hrsg.), Lernen aus problematischen Kinderschutzverläufen. Machbarkeitsexpertise zur Verbesserung des Kinderschutzes durch systematische Fehleranalyse, 2008.

[2] *Christine Gerber/Susanna Lillig*, Gemeinsam lernen aus Kinderschutzverläufen. Eine systemorientierte Methode zur Analyse von Kinderschutzfällen und Ergebnisse aus fünf Fallanalysen, Bericht, Beiträge zur Qualitätsentwicklung im Kinderschutz 9, hrsg. vom Nationalen Zentrum Frühe Hilfen (NZFH), 2018.

II. Gefährdungseinschätzungen des Jugendamtes

Fallanalysen zeigen im Nachhinein häufig auf, dass die Gefährdungssituationen für die betroffenen Kinder und Jugendlichen nicht erkannt oder aber nicht richtig eingeschätzt wurden. Da liegt es nahe, eine bessere Zusammenarbeit der im Kinderschutz professionell Tätigen einzufordern. Schulen, Kitas und freie Jugendhilfeträger, Ärztinnen und Ärzte, Hebammen, Beraterinnen und Berater, sie alle sind als Teil der staatlichen Verantwortungsgemeinschaft gegenüber Kindern verpflichtet, achtsam zu sein, um Gefährdungssituationen zu erkennen und abzuwenden. Mit dem *Bundeskinderschutzgesetz* vom 22.12.2011[3] ist in § 4 Abs. 3 KKG klargestellt worden, dass auch die Berufsgeheimnisträger befugt sind, das Jugendamt zu informieren, wenn eine Gefährdung nicht abgewendet werden kann und ein Tätigwerden des Jugendamtes für erforderlich gehalten wird. Im Jugendamt laufen die Informationen zusammen.

Als beginnend im Frühjahr 2020 Schulen und Kitas aufgrund der SarsCov19-Pandemie geschlossen blieben, haben sich verstärkt Nachbarn, Freunde und Verwandte an das Jugendamt gewandt. Mit 27 % wurden die meisten der insgesamt fast 200.000 Gefährdungseinschätzungen von Verwandten, Bekannten, Nachbarn oder anonym angeregt. In rund jedem zehnten Fall hatten die Familien selbst, also die betroffenen Minderjährigen oder deren Eltern, auf die Gefährdungssituation aufmerksam gemacht.[4] Laut Statistischem Bundesamt haben die Jugendämter im Jahr 2020 in 194.475 Fällen eine Gefährdungseinschätzung vorgenommen, im Vergleich dazu waren es im Jahr 2019 noch 173.029 Fälle. In 29.690 (2019: 27.980) Fällen wurde eine akute Kindeswohlgefährdung, in 30.861 (2019: 27.547) Fällen eine latente Gefährdung, in weiteren 66.557 (2019: 59.106) Fällen ein Hilfebedarf, aber keine Gefährdung, festgestellt. In 67.367 (2019: 58.396) Fällen ist keine Kindeswohlgefährdung und kein Hilfebedarf festgestellt worden. In 11.658 (2019: 11.355) Fällen ist das Familiengericht angerufen worden.[5]

---

[3] Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG) vom 22.12.2011, BGBl. I S. 2975.
[4] https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/07/PD21_350_225.html.
[5] Statistisches Bundesamt (Destatis), Daten aus der Statistik der Kinder- und Jugendhilfe Teil I – Gefährdungseinschätzungen nach § 8a Abs. 1 SGB VIII. Ergebnisse für Deutschland (Sonderauswertung), 2021 (https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderschutz/Tabellen/sonderauswertung-gefaehrdungsseinschaetzungen-monate.html).

III. Kinderschutzverfahren an den Familiengerichten

Die Familiengerichte haben in Deutschland im Jahr 2020 in 15.985 Fällen das Sorgerecht teilweise (8.770) oder vollständig (7.215) entzogen und auf das Jugendamt oder einen Dritten als Vormund oder Pfleger übertragen. Die Zahl der Fälle, in denen die Familiengerichte ein Verfahren nach §§ 1666 ff. BGB geführt und eine eigene Gefährdungseinschätzung vorgenommen haben, dürfte ungleich höher sein. Sie wird von der Bundesstatistik nicht gesondert erfasst. Diese weist jedoch die von den Familiengerichten ergriffenen Maßnahmen in Sorgerechtsverfahren wegen Kindeswohlgefährdung aus.[6] So haben die Familiengerichte im Jahr 2020 in 31.322 Fällen Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe eingeleitet. In 8.842 Fällen ist den Sorgeberechtigten gemäß § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB die Inanspruchnahme von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe auferlegt worden. Die weiteren eingeleiteten Maßnahmen betrafen die Aussprache von Geboten oder Verboten gegenüber Personensorgeberechtigten oder Dritten (gemäß § 1666 Abs. 2 bis 4 BGB), die Ersetzung von Erklärungen des/der Personensorgeberechtigten (gemäß § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB), die vollständige Übertragung der elterlichen Sorge auf das Jugendamt oder einen Dritten als Vormund oder Pfleger (gemäß § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB) sowie die Übertragung von Teilen der elterlichen Sorge auf das Jugendamt oder einen Dritten als Ergänzungspfleger (gemäß § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB).

Aus den Zahlen, die das Bundesamt für Statistik zur Verfügung stellt, lässt sich ableiten, dass die Familiengerichte in Kinderschutzverfahren nicht nur nach einer Meldung des Jugendamtes tätig werden, sondern weit darüber hinaus. Das Familiengericht leitet ein Verfahren von Amts wegen ein, sobald es Kenntnis von einer Kindeswohlgefährdung erhält. Häufig ergibt sich ein Hinweis aus einem Gewaltschutzverfahren, wenn ein Kind im gemeinsamen Haushalt lebt, aus Strafverfahren unter Beteiligung Minderjähriger oder aus Bußgeldverfahren wegen Verletzung der Schulpflicht, von denen das Familiengericht gemäß § 22a FamFG Kenntnis erhält. Auch in Elternkonfliktverfahren um das Sorge- und Umgangsrecht ergeben sich nicht

---

[6] Statistisches Bundesamt (Destatis), Maßnahmen des Familiengerichts für Kinder und Jugendliche 2021 auf Grund einer Gefährdung des Kindeswohls (https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Adoptionen/Tabellen/entzug-elterlichen-sorge.html).

selten Hinweise auf eine Kindeswohlgefährdung. Schließlich werden Familiengerichte auch direkt durch die Meldung Dritter auf Gefährdungssituationen hingewiesen.

Das Familiengericht prüft in eigener Verantwortung nach dem Amtsermittlungsprinzip, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt und wie diese abgewendet werden kann, § 26 FamFG. Dazu holt es vom Jugendamt einen Bericht ein. In diesen Fällen kommt es vor, dass das Jugendamt erstmalig durch das Gericht auf das Kind und seine Gefährdungssituation aufmerksam wird, während es in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit eher dem Regelfall entspricht, dass sich das Jugendamt mit einer Gefährdungsmeldung gemäß § 8a SGB VIII an das Gericht wendet.

IV. Zusammenarbeit von Familiengericht und Jugendamt in Kinderschutzverfahren

In der Praxis geht einer Anrufung des Familiengerichts durch das Jugendamt fast immer ein längerer, am Ende gescheiterter oder ins Stocken geratener, Hilfeprozess voraus. Die Einschaltung des Familiengerichts verbindet das Jugendamt in diesen Fällen häufig mit der Erwartung, dass das Gericht eine bestimmte sorgerechtseinschränkende Maßnahme als Ultima ratio-Entscheidung zu treffen habe. Eine unabhängige gerichtliche Entscheidung unter Beachtung des Gewaltenteilungsprinzips erfordert jedoch, dass sich das Gericht ein eigenes Bild von der Situation macht und eine eigene Gefährdungseinschätzung und Bewertung vornimmt, bevor es in das Sorgerecht eingreift oder den Eltern Auflagen erteilt. Es kann also nicht einfach das Ergebnis der Prüfung durch das Jugendamt übernehmen. Dies führt gelegentlich zu Unverständnis, weil dem Familiengericht das sozialpädagogische Fallverständnis fehlt, das sich im Helfersystem über einen längeren, oft schon sehr langen, Zeitraum entwickelt hat, während das Familiengericht erst zu einem sehr späten Zeitpunkt Einblick erhält. Das Familiengericht steuert das Verfahren jedoch in eigener Verantwortung, es hört alle Beteiligten, auch die Kinder, an und bezieht alle übrigen Mitwirkenden ein. Dem Kind ordnet es in Kinderschutzverfahren stets einen Verfahrensbeistand zu, der dafür zuständig ist, den Willen des Kindes zu erforschen und im Verfahren den Fokus auf seine spezifischen Wünsche und Bedürfnisse zu legen.

Für das weitere Vorgehen des Gerichts ist die Mitwirkung des Jugendamtes von erheblicher Bedeutung. Der Jugendamtsbericht, mit dem das Gericht angerufen wird, nimmt dabei eine wichtige Funktion ein. Er gibt idealerweise umfassend Auskunft darüber, ob und gegebenenfalls welche Hilfen bereits angeboten und umgesetzt wurden, wann und warum diese beendet wurden, woran das Jugendamt die Gefährdung des Kindes festmacht, ob es bei den Eltern die Bereitschaft und die Fähigkeit zur Abwendung der Gefährdungssituation erkennt und woran es diese festmacht. Das Jugendamt ist in Kinderschutzverfahren Beteiligter des Verfahrens und stets anzuhören, § 162 FamFG. Es wirkt bei der Sachverhaltsaufklärung aktiv mit und stellt seine Fachexpertise zur Verfügung, § 50 SGB VIII. Das Verfahren kann sich, je nachdem, ob das Gericht umfangreiche Sachverhaltsaufklärung betreiben muss, hinziehen, besonders dann, wenn ein Sachverständigengutachten einzuholen ist. Während des laufenden gerichtlichen Verfahrens hat das Jugendamt der Familie Hilfe zu gewähren.

Dem Familiengericht stehen zur eigenen Gefährdungseinschätzung grundsätzlich mehr Möglichkeiten zur Verfügung als dem Jugendamt. Es kann nicht nur mithilfe von Sachverständigen aufklären, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt und wie ihr zu begegnen ist, ob die Eltern erziehungsfähig, veränderungsbereit und veränderungsfähig sind, um die Gefährdung des Kindes abzuwenden und ob es gegebenenfalls vorrangige andere Jugendhilfemaßnahmen gibt, die geeignet sind, den Schutz des Kindes zu gewährleisten, ohne es von den Eltern zu trennen. Vielmehr kann es auch ohne förmliche Beweisaufnahme (§§ 29, 30 FamFG) weitere Erkundigungen einholen, um sich ein umfassendes Bild zu machen.

Eltern und Kinder müssen sich darauf verlassen können, dass die zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung ergriffenen Maßnahmen kritisch hinterfragt und überprüft werden, damit keine unbeabsichtigte Schädigung eintritt. Vorwürfe werden nämlich nicht nur laut, wenn eine Kindeswohlgefährdung von Jugendamt oder Gericht nicht richtig eingeschätzt wurde und Maßnahmen zu spät ergriffen wurden. Sie werden auch erhoben, wenn Kinder vermeintlich zu früh in Obhut genommen oder nach einer Entscheidung des Familiengerichts von ihren Eltern getrennt werden. Es ist also ein besonderes Spannungsfeld, in dem die Weichenstellungen der Jugendhilfe und des Familiengerichts vorgenommen werden müssen. Dabei sind die verschiedenen Interessen und Schutzrechte zwischen Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG, 8 EMRK) und dem Kindeswohl/Kinderschutz (Art. 1, 2 GG, §§ 1666 ff. BGB, §§ 8a, 42 SGB VIII) zu beachten und miteinander in Einklang zu bringen. Für die

Betroffenen, insbesondere für die Kinder, haben die Entscheidungen enorme Auswirkungen. Die unterschiedlichen fachlichen Perspektiven von öffentlicher und freier Jugendhilfe einerseits (Sozialpädagogik und Familiendynamik) und Familiengericht andererseits (Gesetzeslage und Unvoreingenommenheit, Unparteilichkeit) sowie unterschiedliche Vorverständnisse vom unbestimmten Rechtsbegriff der Kindeswohlgefährdung stellen die staatliche Verantwortungsgemeinschaft zwar vor besondere Herausforderungen. Die unterschiedlichen Rollen und Kompetenzen können jedoch den Blick auf den Fall erweitern und so Potential für eine verlässlichere Einschätzung der Gefährdungslage bieten und sicherstellen, dass die Entscheidungen des Gerichts am Ende vom Jugendamt umgesetzt werden.

V. Kooperation von Familiengericht und Jugendamt in Elternkonfliktverfahren

Familiengerichte und Jugendämter haben bereits langjährige Erfahrungen in der Zusammenarbeit im Sinne einer gelingenden Kooperation gesammelt. Gemeinsam blicken sie auf eine positive Entwicklung in Kindschaftsverfahren anlässlich von Trennung und Scheidung zurück. Mit den bereits Anfang der Jahrtausendwende aufgenommenen Gesprächen in interdisziplinären Arbeitskreisen sind auf regionaler Ebene intensive Kooperationsbeziehungen mit allen beteiligten Professionen entstanden. Ziel war es, den im Streit befindlichen Eltern mit ihren häufig das Kind außer Acht lassenden Anträgen und Verweigerungshaltungen mit einem konkreten Hilfsangebot zu begegnen, um das Familienverfahren insgesamt kindgerechter zu gestalten. Dazu zählte im Wesentlichen die Beschleunigung des Verfahrens, damit dem kindlichen Zeitempfinden besser Rechnung getragen werden konnte und keine faktischen Verhältnisse durch Entfremdung des getrenntlebenden Elternteils geschaffen wurden. Ein weiteres wichtiges Ziel war der Erhalt und die Stärkung der elterlichen Kompetenz und Verantwortung für das Kind, nachdem der Gesetzgeber mit dem *Kindschaftsrechtsreformgesetz*[7] wenige Jahre zuvor die Regelung des Sorgerechts aus dem Zwangsverbund bei der Scheidung herausgenommen und den Eltern so die Möglichkeit eröffnet hat, auch nach der Scheidung gemeinsam die Sorge für ihr Kind zu tragen. Zudem erhielt das Kind ein subjektives Recht auf Umgang

[7] Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG) vom 16.12.1997, BGBl. I, S. 2942 (Inkrafttreten am: 1. Juli 1998).

mit beiden Eltern. Erstmals wurde auch eine Pflicht der Eltern zum Umgang mit ihrem Kind geschaffen, § 1684 Abs. 1 BGB.

Der Paradigmenwechsel, durch den das Kind mit seinen spezifischen Bedürfnissen in den Mittelpunkt gerückt wurde, brachte die interdisziplinären Arbeitskreise hervor, in denen überlegt wurde, welcher Veränderungen es im familiengerichtlichen Verfahren bedurfte, um die Verfahren kindgerecht zu gestalten. Die von den Mitwirkenden getroffenen Kooperationsvereinbarungen sahen z.B. vor, dass das Familiengericht (ohne dazu seinerzeit nach dem Gesetz verpflichtet zu sein) innerhalb eines Monats einen frühen ersten Termin anberaumt. Rechtsanwälte verpflichteten sich, in den Schriftsätzen sachlich und in der gebotenen Kürze das Anliegen der Mutter/des Vaters vorzutragen, ohne den anderen Elternteil in Misskredit zu bringen. Der gegnerische Anwalt sollte sich ebenso einer konfliktverschärfenden Sprache enthalten. Das Jugendamt verpflichtete sich, an dem Gerichtstermin teilzunehmen und dort – in der Regel mündlich – zu berichten, ob und mit welchem Inhalt Klärungsgespräche mit den Eltern geführt und Potentiale für eine gütliche Einigung ausgeleuchtet werden konnten. Auch die Verfahrensbeistände verpflichteten sich, bis zum Termin mit den Kindern und in der Regel auch mit den Eltern oder weiteren Bezugspersonen zu sprechen. Spezielle Absprachen gab es auch mit den Sachverständigen und den Beratungsstellen. Bei den Jugendämtern waren zum Teil erhebliche Umstrukturierungen notwendig, damit die Fallverantwortlichen vorab Gespräche mit den Eltern führen und eine Teilnahme an einem frühen Termin gewährleisten konnten. Insgesamt veränderte sich die Verhandlungssituation in den Gerichtssälen enorm. Die Gerichte bemühten sich nach Kräften um einvernehmliche Lösungen, die dem Kindeswohl Rechnung trugen und verwiesen die Eltern an Fachberatungsstellen, soweit die zwischen ihnen verbleibenden Probleme nicht justiziabel waren. Es entstand ein regelrechter Geist der Verständigung und Vermittlung, damit Kinder beide Eltern als verantwortliche Partner behalten konnten und diese den Gerichtssaal nicht länger als Verlierer verlassen mussten.

Nach dem Vorbild der interdisziplinären Arbeitskreise hat der Gesetzgeber schließlich mit der FGG-Reform zum 1. Juli 2008 die gesetzliche Grundlage für eine auf Verständigung ausgerichtete neue Verfahrensordnung in Sorge- und Umgangssachen geschaffen. Er hat mit § 155 Abs. 1 FamFG für Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, eine vorrangige und beschleunigte Durchführung des Verfahrens vorgegeben. In den Katalog der beschleunigt zu führenden Verfahren hat er auch die Verfahren

wegen Gefährdung des Kindeswohls aufgenommen. Dem Familiengericht hat er aufgegeben, in Kindschaftssachen, die die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinzuwirken, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht, § 156 Abs. 1 FamFG. Ohne die Kooperationsabsprachen der am Verfahren Mitwirkenden wäre eine Verfahrensbeschleunigung jedoch sinnlos und könnte nicht zu dem gewünschten Erfolg führen. Die fallunabhängigen Kooperationsabsprachen haben dem neuen Verfahrensrecht erst zur Umsetzung verholfen.

In der Praxis zeigt sich allerdings eine Entwicklung zu starker Überbetonung von Einvernehmen. Bei Verfahren, in denen elterliche Gewalt eine Rolle spielt, bei psychischen Erkrankungen oder Suchterkrankungen der Eltern und bei Hochstrittigkeit ist eine solche Verfahrensweise in der Regel nicht angebracht und führt meist auch nicht zum Erfolg. Dies bestätigt die vom Bundesministerium für Justiz in Auftrag gegebene Evaluierung der FGG-Reform.[8] Schwierige Elternkonfliktverfahren binden in den Familiengerichten zunehmend mehr Aufmerksamkeit. Durch eine erkennbare Verlagerung von schwierigen Unterhaltsverfahren hin zu schwierigen, oft hochstrittigen, Sorge- und Umgangsverfahren sehen sich die Familiengerichte immer häufiger gezwungen, externen Sachverstand einzuholen, um die Frage zu klären, welcher Elternteil der besser geeignete für das Kind ist. Die Sachverständigen fehlen dann in den Kinderschutzverfahren, wo sie dringend benötigt werden.

VI. Unterschiede zwischen Kinderschutz- und Elternkonfliktverfahren

Gelegentlich wird übersehen, dass der Gesetzgeber die Kinderschutzverfahren in § 156 FamFG ausgenommen und für sie in § 157 FamFG eine eigene Verfahrensvorschrift vorgesehen hat. Bis heute kommt es auch vor, dass die Gerichte die von Amts wegen geführten Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls durch gerichtlich genehmigte Vereinbarungen zum Sorgerecht beenden, statt durch gerichtlichen Beschluss, in dem entweder Auflagen und Weisungen erteilt werden, das Sor-

[8] *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (Hrsg.), Evaluierung der FGG-Reform. Abschlussbericht, 2018, S. 252.

gerecht eingeschränkt bzw. entzogen wird oder aber ausdrücklich von sorgerechtlichen Maßnahmen – etwa im Hinblick auf eine zu Protokoll erklärte Bereitschaft der Eltern, einen Antrag auf Hilfe zur Erziehung zu stellen – abgesehen wird. Von den Jugendämtern ist die Möglichkeit, nach § 157 Abs. 1 FamFG (früher § 50 f. FGG) ein sog. Ermahnungsgespräch unterhalb der Schwelle der akuten Kindeswohlgefährdung beim Familiengericht anzuregen, bisher nicht als Chance erkannt und in nennenswertem Umfang genutzt worden. Der Gesetzgeber hatte sich davon versprochen, dass das Familiengericht zur Unterstützung des ins Stocken geratenen Hilfeprozesses zu einem früheren Zeitpunkt sein staatliches Wächteramt wahrnimmt, um den Eltern kraft seiner Autorität den drohenden Sorgerechtsverlust vor Augen zu führen und sie zur besseren Mitarbeit anzuhalten.[9] Hier gäbe es Bedarf, zu klären, warum die Jugendämter von einer frühen Erörterung der Kindeswohlgefährdung nur sehr zurückhaltend Gebrauch machen. Die vom Bundesministerium für Justiz in Auftrag gegebene Evaluation der FGG-Reform hat leider § 157 FamFG nicht in den Blick genommen.

VII. Fazit

Für den Kinderschutz gibt es an der Schnittstelle zwischen Jugendamt und Familiengericht noch erhebliches Verbesserungspotential. Die Chance der Zusammenarbeit von Jugendamt und Familiengericht liegt vor allem darin, durch die multiprofessionelle Sicht auf die Gefährdungslage die Handlungssicherheit zu erhöhen, um zu einer verlässlicheren Gefährdungseinschätzung zu gelangen und um die Handlungsoptionen zu erweitern. Dafür ist es wichtig, gegenseitig die Fachlichkeit und die jeweilige Rolle sowie die damit verbundene Handlungslogik anzuerkennen und zu respektieren. Hilfreich ist ein institutionalisierter Austausch von Jugendamt und Familiengericht, eventuell auch durch gegenseitige Hospitationen. Dafür können die Strukturen der bestehenden interdisziplinären Arbeitskreise genutzt werden.

Für Familienrichterinnen und -richter ist die stetige fachliche Qualifizierung zu Kinderschutzthemen und zum Jugendhilferecht sowie eine Reflexion der eigenen Rolle und der Verhandlungsführung erforderlich. Interdisziplinäre Fortbildungen dienen hingegen eher dem Vernetzungsaspekt. Kooperation verlangt, dass sich die im Kin-

[9] BT-Drs. 16/6308, S. 237.

derschutz tätigen Akteure gegenseitig über ihr Wissen informieren. Mit dem im Dezember 2011 verabschiedeten *Bundeskinderschutzgesetz* hat der Gesetzgeber die Aufgaben der relevanten Akteure geregelt und verbindliche Rahmenbedingungen für den Aufbau verlässlicher Netzwerkstrukturen Früher Hilfen im Kinderschutz geschaffen. Das *Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz*[10] sieht in § 3 KKG vor, dass in den Ländern insbesondere im Bereich „Frühe Hilfen" flächendeckend verbindliche Strukturen der Zusammenarbeit der zuständigen Leistungsträger und Institutionen im Kinderschutz mit dem Ziel aufgebaut und weiterentwickelt werden, sich gegenseitig über das jeweilige Angebots- und Aufgabenspektrum zu informieren, strukturelle Fragen der Angebotsgestaltung und -entwicklung zu klären sowie Verfahren im Kinderschutz aufeinander abzustimmen. Auch die Teilnahme der Familiengerichte an solchen lokalen Netzwerken (Koordinierungszentren zum Kinderschutz) ist gesetzlich vorgesehen. Sie dient einem besseren gegenseitigen Verständnis. Um die Teilnahme für die Familienrichterinnen und -richter zu gewährleisten, müssen die aufgewandten Zeiten für Kooperation und den Erwerb von Schnittstellenwissen in der Personalbedarfsberechnung zukünftig genauso Berücksichtigung finden wie die Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen

[10] Art. 1 des Bundeskinderschutzgesetzes.

Verantwortung nach der Entscheidung in Kindschaftssachen

Thomas Meysen[*]

[*] Die in diesem Beitrag zitierten Online-Quellen wurden zuletzt abgerufen am 21.10.2022.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2022-2183

I. Beschluss in der Hauptsache – und dann?

Mit dem Beschluss in der Hauptsache endet auch in familiengerichtlichen Kindschaftssachen das Verfahren. Im Personalbedarfsbemessungssystem (PEBB§Y) wird die entsprechende Zählkarte erfasst. Verantwortung für das weitere familiäre Geschehen tragen ab sofort die Beteiligten, gegebenenfalls ein Vormund und das Beschwerdegericht. Zwar tritt mit der nicht mehr rechtsmittelfähigen Endentscheidung nach § 45 S. 1 FamFG nur formelle, aber keine materielle Rechtskraft ein.[1] Ein „vor der Entscheidung ist nach der Entscheidung" kann – jedenfalls mit Blick auf die Praxis – gleichwohl nicht konstatiert werden. Allerdings legen Familien- und Familienverfahrensrecht in Kindschaftssachen die Spur für ein „einmal Familiengericht, immer Familiengericht". Der staatlichen Fürsorge für Kinder gebühre Vorrang vor einer Endgültigkeit der Entscheidung,[2] weshalb verfassungsrechtlich unbedenklich sei, familiengerichtlichen Entscheidungen in Kindschaftssachen die materielle Rechtskraft zu versagen.[3] Die familiengerichtlichen Entscheidungen werden in ihren Wirkungen nicht überschätzt, sondern als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes[4] werden Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen in Relation gesetzt zu den Erfordernissen einer Anpassung von Entscheidungen im Lichte des Kindeswohls.[5]

Folglich können einstweilige Anordnungen unabhängig von einer Veränderung der maßgebenden Verhältnisse zum Zeitpunkt der Entscheidung aufgehoben und geändert werden – auf Antrag und in Amtsverfahren auch von Amts wegen (§ 54 Abs. 1, 2 FamFG).[6] Entscheidungen oder gerichtlich gebilligte Vergleiche zum Sorge- und Umgangsrecht können bei Vorliegen triftiger, das Kindeswohl nachhaltig berührender Gründe geändert werden (§ 1696 Abs. 1 BGB). Kindesschutzrechtliche Maßnahmen sind aufzuheben, wenn die Kindeswohlgefährdung nicht mehr

[1] Prütting/Helms/*Abramenko*, 4. Aufl. 2018, § 45 Rn. 11; Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2019, § 1696 Rn. 1; Grüneberg/*Götz*, 81. Aufl. 2022, § 1696 Rn. 2.
[2] BGH 28.5.1986 – IVb ZB 36/84; OLG Frankfurt a. M. 22.8.2013 – 2 UF 23/12; MüKoBGB /*Lugani*, 8. Aufl. 2020, § 1696 Rn. 1.
[3] BVerfG 22.9.2014 – 1 BvR 2102/14.
[4] *Florian Bartels*, Abänderung und Überprüfung von gerichtlichen Entscheidungen und gerichtlich gebilligten Vergleichen im Kindschaftsrecht, FuR 2019, S. 77.
[5] BVerfG 22.9.2014 – 1 BvR 2102/14; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/*Veit*, 4. Aufl. 2019, § 1696 Rn. 1; mit restriktiver Konnotation Johannsen/Henrich/Althammer/*Rake*, 7. Aufl. 2020, § 1696 Rn. 1.
[6] Bork/Jacoby/Schwab/*Löhnig*/*Heiß*, 3. Aufl. 2018, § 54 Rn. 6; Prütting/Helms/*Hammer*, 4. Aufl. 2018, § 166 Rn. 9.

fortbesteht oder die Maßnahme nicht mehr erforderlich ist (§ 1696 Abs. 2 BGB). Verbleibensanordnungen sind aufzuheben, wenn das Wohl des Kindes durch eine Wegnahme von der Pflegeperson nicht mehr gefährdet ist (§ 1696 Abs. 3 BGB).

Bedeutet dies nun, dass Familiengerichte, wenn sie erst einmal in Kindschaftssachen involviert waren, den weiteren Weg des Aufwachsens von Kindern und Jugendlichen und die elterliche Erziehung bis zur Volljährigkeit beaufsichtigen und mit ihren Entscheidungen begleiten? Das Familienverfahrensrecht differenziert insoweit zwischen Verfahren nach Trennung und Scheidung (II.), kindesschutzrechtlichen Maßnahmen bzw. Verfahren nach §§ 1666 bis 1667 BGB (III.) und Verbleibensanordnungen (IV.).

II. Sorge- und Umgangsrechtsentscheidung bei Getrenntleben und Scheidung

Mit der familiengerichtlichen Entscheidung oder dem gerichtlich gebilligten Vergleich in Umgangs- und Sorgerechtsverfahren gibt das Familiengericht die Verantwortung an die Beteiligten aus der Familie zurück. Das Familiengericht setzt zwar einen verbindlichen Rahmen. Aber keine Entscheidung wird eins zu eins so umgesetzt, wie im Tenor des Beschlusses angeordnet, denn die Lebenswirklichkeit erfordert situative Anpassungen und Reaktionen auf die tatsächlichen Umstände zur gegebenen Zeit. Das Familiengericht lässt also los und hat bei entsprechender Aktivierung allenfalls zu vollstrecken, nicht aber die Einhaltung der Umsetzung des familiengerichtlichen Beschlusses zu überwachen.

Das Familiengericht wird also nicht proaktiv, sondern nur reaktiv wieder tätig. Anlass ist, dass ihm triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe bekannt werden, die zum Wohl des Kindes möglicherweise eine Abänderung oder Aufhebung der Entscheidung erforderlich machen (§ 1696 Abs. 1 BGB, § 166 Abs. 1 FamFG). Die materielle Rechtskraft wird somit auch in Amtsverfahren faktisch nur bei einem erneuten Antrag der Beteiligten in Frage gestellt. Diese Rückgabe der Verantwortung für das Kindeswohl an die getrenntlebenden Eltern ist rechtlich flankiert von der fortwirkenden Grundidee des familiengerichtlichen Verfahrens bei Trennung und Scheidung sowie dem verbindlich gerahmten Wechselspiel zwischen Familiengerichtsbarkeit und Kinder- und Jugendhilfe (§ 156 FamFG, §§ 17, 18

SGB VIII).[7] Eltern sowie Kinder und Jugendliche können sich nicht nur vor und während, sondern auch nach einem familiengerichtlichen Verfahren in Fragen der Partnerschaft, der förderlichen Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung nach Trennung und Scheidung sowie bei der Ausübung des Umgangs beraten und unterstützen lassen.

In der Praxis kommt es im Kontext von Trennung und Scheidung unterhalb der Schwelle zur Kindeswohlgefährdung nach § 1666 Abs. 1 BGB äußerst selten dazu, dass das Jugendamt beim Familiengericht eine Überprüfung der Umgangsentscheidung nach § 1696 Abs. 1 BGB, § 166 Abs. 1 BGB anregt. Gerade wenn das Jugendamt Kenntnis davon hat, dass eine Umgangseinschränkung oder ein Umgangsausschluss zum Wohl des Kindes erforderlich ist (§ 1684 Abs. 4 S. 1 BGB), würde dies jedoch naheliegen. Warum es in der Praxis nicht zu mehr Anrufungen durch das Jugendamt kommt, dürfte nicht nur daran liegen, dass eine solche Anrufung – anders als bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung (§ 8a Abs. 2 SGB VIII i.V.m. § 1666 Abs. 1, § 1684 Abs. 4 S. 2 BGB) – gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Zum einen ist zu fragen, welche Offenheit angesichts fehlender gesetzlicher Grundlagen und Gewohnheit auf Seiten der Familiengerichte besteht, sich von Jugendämtern in Umgangsverfahren zur Einleitung eines Amtsverfahrens anregen zu lassen (§§ 24, 26 FamFG). Zum anderen werden die Beratungsstellen, Jugendämter oder weitere mit der Familie arbeitende Träger der freien Jugendhilfe in der Regel in ihrer Beratungsrolle bleiben, die Handlungsmacht möglichst bei den Eltern belassen und diese gegebenenfalls dahingehend beraten, wenn erforderlich, das Familiengericht ihrerseits anzurufen. Als gegeben kann die Praxis aus rechtlicher Sicht jedenfalls nicht angesehen werden und verdient einer Reflexion – etwa in örtlichen Arbeitskreisen.

III. Überprüfung kindesschutzrechtlicher Maßnahmen

Für kindesschutzrechtliche Maßnahmen nach §§ 1666 bis 1667 BGB sehen Familien- und Familienverfahrensrecht proaktivere Pflichten des Familiengerichts zur amtswegigen Überprüfung der eigenen Entscheidungen vor (1.). Wie die Umsetzung familiengerichtlicher Ge- und Verbote nach § 1666 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 BGB

[7] *Thomas Meysen*, Family Court Proceedings in Parent and Child Matters in Germany: A Binding Setting for Alternative Dispute Resolution, in: Mavis Maclean/Rachel Treloar/Bregje Dijksterhuis (Eds.), What Is a Family Justice System For?, 2022, S. 235–250.

überprüft (2.) und ob das Familiengericht dem Jugendamt insoweit Aufträge erteilen kann (3.), hat in Literatur und Rechtsprechung bislang noch wenig Beachtung gefunden. Einen Sonderfall stellt die Überprüfungspflicht beim Absehen von kindesschutzrechtlichen Maßnahmen nach § 166 Abs. 3 FamFG dar (4.).

1. Amtswegig und in angemessenen Zeitabständen

Beschließt das Familiengericht kindesschutzrechtliche Maßnahmen, verpflichtet das Gesetz zur regelmäßigen Wiedervorlage. Es fordert eine Überprüfung in angemessenen Zeitabständen (§ 166 Abs. 2 FamFG). Die Intervalle sind somit den Umständen des konkreten Einzelfalls anzupassen. Kriterien sind Art und Schwere sowie Dauer und Anlass der kindesschutzrechtlichen Maßnahme sowie die Perspektiven für eine mögliche Veränderung der Gefährdungslage bzw. der Abwendungsfähigkeit und -bereitschaft der Eltern.[8] Wenn in der Literatur teilweise von der Regel einer halbjährlichen oder jährlichen Überprüfung die Rede ist,[9] dürfte dies in Anbetracht der Unterschiedlichkeit der Eingriffsintensität und Veränderungsperspektiven nur schwerlich gerecht werden. Vorgegeben ist vielmehr eine Einzelfallentscheidung über die angemessenen Zeitabstände.[10] Ob tatsächlich regelmäßig ein Anlass zur Überprüfung besteht, wenn ein Beteiligter dies anregt,[11] dürfte ebenfalls differenziert zu betrachten sein, je nachdem, wer mit welchem Vorbringen eine Überprüfung für erforderlich hält. Dies dürfte jedoch der Praxis entsprechen, in der Familiengerichte auf Informationen von außen angewiesen sind und daher fast ausschließlich reaktiv tätig werden. Sie agieren qua verfahrensrechtlich zugewiesener Rolle selten proaktiv, mischen sich von sich aus also selten in Familienverhältnisse ein. Dies scheint Rückwirkungen zu haben auf eine beobachtbare Zurückhaltung bei der Überprüfung eigener Entscheidungen.

Die eher passive Rolle des Familiengerichts mit einer Praxis der Verfügung konsekutiver Wiedervorlagen rückt Jugendämter und die Beteiligten aus den Familien in die Rolle der Initiatoren. Alternativ könnte das Familiengericht beim Jugendamt

[8] Prütting/Helms/*Hammer*, 4. Aufl. 2018, § 166 Rn. 16.
[9] Schulte-Bunert/Weinreich/*Ziegler*, 6. Aufl. 2020, § 166 Rn. 4; Bork/Jacoby/Schwab/*Zorn*, 3. Aufl. 2018, § 166 Rn. 10; Musielak/Borth/*Borth*/*Grandel*, 7. Aufl. 2022, § 166 Rn. 4.
[10] Zöller/*Lorenz*, 34. Aufl. 2022, § 166 Rn. 4; Bumiller/Harders/*Bumiller*, 12. Aufl. 2019, § 166 Rn. 7; Hoppenz/*van Els*, Familiensachen, 9. Aufl. 2009, § 166 Rn. 3.
[11] So Keidel/*Engelhardt*, 20. Aufl. 2020, § 166 Rn. 4.

regelmäßig um Information nachsuchen, welche Hilfen gewährt wurden und ob Veränderungen eine Änderung der Entscheidung nahelegen. Diese Nachfrage wäre ein Erinnerungsposten an das Jugendamt, das angehalten ist, jederzeit Änderungen familiengerichtlicher Kindesschutzmaßnahmen anzuregen, wenn solche etwa im Rahmen der Erarbeitung einer dauerhaften Lebensperspektive erforderlich werden (§ 37c Abs. 2 S. 2 SGB VIII).[12] Zu überlegen ist, ob das regelmäßige Nachfassen auch ungewollte Nebeneffekte hat. So kann es bei den Eltern und beim Kind als Beteiligte des Verfahrens als fortlaufendes, grundlegendes Infragestellen der aktuellen Lebenssituation interpretiert werden. Bei Kindern und Jugendlichen kann dies erschweren, sich auf eine verlässliche Perspektive in außerfamilialer Unterbringung und auf die dortigen Hauptbezugspersonen einzulassen. Eltern können durch die schmerzhafte Verarbeitung des Verlusts, mit dem eigenen Kind zusammenzuleben, und die Vermittlung einer so wichtigen Botschaft an ihre Kinder, dass sie das Aufwachsen an anderem Ort mittragen, negative Irritationen erfahren. Dem steht ethisch bei einem Austarieren zwischen proaktiv-investigativer und reaktiv-abwartender Überprüfung eine möglicherweise höhere Verlässlichkeit gegenüber, dass kindesschutzrechtliche Maßnahmen tatsächlich noch erforderlich sind.

Mit dem *Kinder- und Jugendstärkungsgesetz*[13] wurde auch die Elternarbeit nach einer außerfamiliären, stationären Unterbringung gestärkt. Eltern haben einen Rechtsanspruch auf Beratung und Unterstützung sowie auf Förderung der Beziehung zu ihrem Kind erhalten (§ 37 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Zwar hat das Familiengericht keinen Auftrag, das Verwaltungshandeln im Jugendamt auf seine Rechtmäßigkeit hin, sondern lediglich die fortbestehende Richtigkeit seiner Entscheidung zu überprüfen. Aber die Überprüfung nach § 166 Abs. 2 FamFG könnte indirekt eine Wirkung dahingehend entfalten, dass die Aktivitäten des Jugendamts insoweit implizit „kontrolliert“ werden. Die Pflicht des Jugendamts, in Kinderschutzverfahren nach §§ 1631b, 1632 Abs. 4, §§ 1666, 1666a, 1682 BGB, dem Familiengericht den Hilfeplan nach § 36 Abs. 2 S. 2 SGB VIII vorzulegen, greift hier jedenfalls nicht. Denn es handelt sich zunächst lediglich um eine Vorprüfung, ob ein Verfahren eingeleitet werden soll,[14] in welchem dann unter anderem auch der Hilfeplan vorzulegen wäre.

[12] Hierzu FK-SGB VIII/*Eschelbach/Schönecker*, 9. Aufl. 2022, § 37c Rn. 11 ff.; Wiesner/Wapler/*Gallep*, 6. Aufl. 2022, § 37c SGB VIII Rn. 19 ff.; Kunkel/Kepert/Pattar/*Berneiser*, 8. Aufl. 2022, § 37c SGB VIII Rn. 17 ff.

[13] Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) vom 3.6.2021, BGBl. I, S. 1444.

[14] *Susanne Lehmann*, Verantwortung nach der Entscheidung – Familiengericht, 2021, S. 4 ff. (https://guteverfahren.elearning-kinderschutz.de/).

Wird ein solches Verfahren nach der Vorprüfung tatsächlich eingeleitet, müsste das Familiengericht allen Anforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs gegenüber den Beteiligten und die Bestellung eines Verfahrensbeistands gerecht werden.

2. Familiengerichtliche Gebote zur Inanspruchnahme von Hilfen

Ordnet das Familiengericht gegenüber den Eltern nach § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB die Inanspruchnahme von Hilfen an und verbleibt das Kind im Haushalt der Eltern, ergibt sich daraus auch eine besondere Verantwortung des Jugendamts. Es hat bei entsprechendem erzieherischen Bedarf nicht nur den Anspruch der Personensorgeberechtigten, insbesondere auf Leistungen der Hilfen zur Erziehung (§§ 27 ff. SGB VIII) oder auf gemeinsame Unterbringung (§ 19 SGB VIII), zu erfüllen, sondern die Entwicklungen auch weiterhin im Hinblick auf eine mögliche Gefährdung des Kindeswohls einzuschätzen (§ 8a Abs. 1 SGB VIII). Wesentlicher Faktor, damit die Hilfen auch tatsächlich die notwendigen Veränderungen zum Wohl des Kindes unterstützen, ist – so die einheitliche Forschungslage[15] – auch hier eine gelingende Partizipation der Eltern und ihrer Kinder im Leistungsgewährungs- und Hilfeprozess. Hierauf nimmt das Familiengericht mit der Anordnung der Inanspruchnahme von Leistungen entscheidenden Initiativeinfluss. Ob anschließend die tatsächliche Inanspruchnahme und auch die Nutzung der Hilfen zum Wohl des Kindes gelingt, hängt zum einen von der Grundlage der Entscheidung und zum anderen von den Gestaltungsspielräumen bei der Ausgestaltung der Hilfen ab.

Das Familiengericht steht nach § 1666 Abs. 1 BGB in der Verantwortung, die Potenziale von Hilfen für die Abwendung einer Gefährdung zu prüfen. Wesentliche Bedingung ist dabei die Bereitschaft und Fähigkeit der Eltern zur Abwehr der festgestellten Gefährdung. *Heinz Kindler*[16] empfiehlt, bei der familiengerichtlichen Prüfung den Blick vor allem auf folgende Aspekte zu lenken:

- Zufriedenheit der Eltern mit ihrer gegenwärtigen Situation,
- Selbstvertrauen und realistische Hoffnung der Eltern auf Veränderung,

[15] Unter vielen *Mark Schrödter/Holger Ziegler*, Was wirkt in der Kinder- und Jugendhilfe? Internationaler Überblick und Entwurf eines Indikatorensystems von Verwirklichungschancen, Wirkungsorientierte Jugendhilfe, Bd. 2, 2007.

[16] *Heinz Kindler*, Probleme und Lösungsansätze bei Einschätzungsaufgaben in familiengerichtlichen Kinderschutzverfahren. Kindeswohlgefährdung, Bereitschaft bzw. Fähigkeit von Eltern zur Abwehr der Gefahr sowie die Geeignetheit ambulanter Hilfekonzepte, NZFam 2020, S. 376, 378 f.

- die subjektiven Normen in der Familie zur Annahme von Hilfe,
- Haltung der Eltern gegenüber belegbaren Gefährdungsereignissen,
- Geschichte der Inanspruchnahme und Wirkung von Hilfen,
- überdauernde oder nur langfristig zu verändernde Einschränkungen der elterlichen Fähigkeit, von Hilfen zu profitieren.

Unabhängig davon, welche Erfolgsaussichten den angeordneten Hilfen bei der Abwendung der Kindeswohlgefährdung aus einer abstrakten Betrachtung zuzumessen ist, verbleibt das Jugendamt in seiner gesetzlich zugewiesenen Verantwortung zur Wahrnehmung des Schutzauftrags und zur Gewährung von Leistungen zur Abwendung von Gefährdungen (§ 8a Abs. 1 S. 3 SGB VIII).[17] Das Recht weist dem Jugendamt daher im Verhältnis zum Familiengericht auch die alleinige Verantwortung zu, über die Gewährung der geeigneten und erforderlichen Leistungen zu entscheiden, wie § 36a Abs. 1 S. 1 SGB VIII klarstellt.[18] Dies ermöglicht den Beteiligten aus der Familie und dem Jugendamt, die angeordneten Hilfen im Laufe des Hilfeprozesses umzugestalten oder zu beenden, wenn dies dem Bedarf entspricht.

Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Konstruktion bislang keine verfassungswidrige Schutzlücke gesehen, dies allerdings nur in Bezug auf begleiteten Umgang ausdrücklich entschieden.[19] Der Anspruch auf die Leistungen nach SGB VIII könne vor den Verwaltungsgerichten geklärt werden und das familiengerichtliche Verfahren bis zur „verwaltungsgerichtlichen Klärung des Mitwirkungsanspruchs ausgesetzt werden“ (§ 21 FamFG). Dies wird auch in Kinderschutzverfahren entsprechend praktiziert.[20] Das Bundesverfassungsgericht hatte insoweit bisher lediglich festgehalten, dass die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen des Jugend-

[17] *Katharina Lohse*, Nach dem Beschluss im familiengerichtlichen Kinderschutzverfahren. Zum Vorgehen des Jugendamts bei abweichender Einschätzung und zur Überwachung von „Auflagen“ durch das Jugendamt, JAmt 2021, S. 546, 547.

[18] Entwurf eines Gesetzes zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung und zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Tagesbetreuungsausbaugesetz – TAG), BT-Drs. 15/3676, S. 36; Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz – KICK), Zweite Beschlussempfehlung und Zweiter Bericht vom 1.6.2005, BT-Drs. 15/5616, S. 26.

[19] BVerfG 29.7.2015 – 1 BvR 1468/15; ebenso OLG Schleswig 23.3.2015 – 10 UF 6/15.

[20] OLG Koblenz 11.6.2012 – 11 UF 266/12; Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2020, § 1666a Rn. 15 ff.; MüKoBGB/*Tillmanns*, 8. Aufl. 2020, § 1 SGB VIII Rn. 7.

amts über die Gewährung öffentlicher Hilfen nicht den Familien-, sondern den Verwaltungsgerichten obliege.[21] Der Gegenauffassung, wonach dem Familiengericht ein Letztentscheidungsrecht zustehe, wenn zwischen Jugendamt und Familiengericht über die Gewährung von Leistungen zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung keine Einigung erzielt werden könne,[22] dürfte damit die Grundlage für die Anwendung in der familiengerichtlichen Praxis entzogen sein.

Die Überlegung, ob de lege ferenda den Familiengerichten bei der Anordnung von Hilfen nach § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB gleichzeitig auch eine Anordnungskompetenz gegenüber dem Jugendamt eingeräumt werden sollte, dürfte vor der Verantwortungsfrage kritisch zu überprüfen sein. Für die Entscheidung wird die Konsequenz zu bedenken sein, dass das Familiengericht damit auch die Zuständigkeitsfragen, etwa bei Wechsel der örtlichen Zuständigkeit oder bei Klärung der sachlichen Zuständigkeit etwa zwischen Trägern nach SGB VIII und SGB IX mit zu prüfen hätte. Im Nachgang zur Entscheidung stellen sich Fragen, welche Verantwortung das Familiengericht insbesondere bei einer Änderung der Bedarfe hat. Zu denken ist an Konstellationen, etwa wenn eine ursprünglich angeordnete sozialpädagogische Familienhilfe umgewandelt werden soll in Leistungen in einer heilpädagogischen Tagesgruppe für das Kind bei gleichzeitiger Inanspruchnahme von Therapie oder Erziehungsberatung durch die Eltern oder wenn der Stundenumfang für eine sozialpädagogische Familienhilfe erhöht oder abgesenkt werden soll. Dürfte das Familiengericht Leistungen auch gegenüber dem Jugendamt anordnen, verbliebe entweder die Verantwortung für die Hilfeplanung und Hilfesteuerung beim Familiengericht oder die Wirkung der Anordnung müsste sich auf den Moment der Entscheidung beschränken.

3. Familiengerichtliche Ge- und Verbote mit Überwachungsaufträgen für Jugendämter?

Der Staufener Missbrauchsfall hat ein Phänomen des Kinderschutzes in die gesteigerte Aufmerksamkeit der familiengerichtlichen und jugendamtlichen Praxis gerückt. Es geht um die Konstellation, dass ein vorbestrafter Täter in einer neuen

[21] Vgl. etwa OLG Stuttgart 7.10.2021 – 16 UF 95/21; VGH Baden-Württemberg 4.11.2021 – 12 S 3125/21 m. Anm. *Meysen,* FamRZ 2022, S. 450.
[22] OLG Koblenz 11.6.2012 – 11 UF 266/12; Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2020, § 1666a Rn. 15 ff.; MüKoBGB/*Tillmanns*, 8. Aufl. 2020, § 1 SGB VIII Rn. 7.

Beziehung mit Kindern zusammenlebt. Familiengerichte stehen vor der Frage, ob sie das Sorgerecht entziehen sollen oder ob die Anordnung von Ge- und Verboten gegenüber Mutter und neuem Partner zum Schutz des Kindes ausreicht.[23] Der Bundesgerichtshof hat mit Blick auf eine solche Konstellation eine Differenzierung beim Wahrscheinlichkeitsgrad hinsichtlich des Schadenseintritts, also der Annahme einer Gefährdung, und der Schwere des Eingriffs ins Spiel gebracht,[24] die im Nachgang weitere Übersetzung für die Anwendung in der familiengerichtlichen Praxis erfahren hat.[25] Nicht gelöst ist das Problem, dass die Forschung bislang wenige Erkenntnisse liefert, inwieweit bzw. unter welchen Vorbedingungen Ge- und Verbote in solchen Konstellationen überhaupt ausreichenden Schutz erwarten lassen.[26]

Wenn der Bundesgerichtshof zur Frage der Überprüfung von Ge- und Verboten nach § 1666 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 BGB die Erwartung äußert, „dem Familiengericht [sei] zeitnah von möglichen Veränderungen zu berichten, sodass hinreichend Gelegenheit bestünde, den Sachverhalt aufzuklären und angemessen zu reagieren",[27] scheint er wie selbstverständlich von einer Überprüfung der Einhaltung der Ge- und Verbote durch Jugendämter auszugehen. Unabhängig davon, dass sich insoweit deutlich Grenzen der Möglichkeiten einer Überwachung ergeben, weist das Gesetz dem Jugendamt keine solche Aufgabe zu und es hätte entsprechend auch keine Befugnisse, im Zuge einer Prüfung in Grundrechte der Betroffenen einzugreifen, wie *Katharina Lohse* differenziert herausgearbeitet hat.[28] Es bliebe also eine eigene Überprüfung durch die Familiengerichte. Dieser Befund macht deutlich, dass die Fach-

---

[23] Etwa das Verfahren AG Freiburg 6.7.2017 – 46 F 798/17; OLG Karlsruhe 27.7.2017 – 18 UF 112/17; hierzu die Anmerkungen von *Ludwig Salgo*, Der qualifizierte Familienrichter als tragende Säule im Kinderschutz, ZKJ 2018, S. 168; *Stefan Heilmann*, Die Aufarbeitung des Missbrauchsfalles von Staufen – Ein Beitrag zur Fehlerkultur in der Familiengerichtsbarkeit, FamRZ 2018, S. 1797.

[24] BGH 6.2.2019 – XII ZB 408/18.

[25] OLG Karlsruhe 13.5.2019 – 18 UF 91/18; OLG Karlsruhe 3.8.2018 – 18 UF 91/18; AG Freiburg 16.5.2018 – 48 F 59/18.

[26] Zum Forschungsstand *Sarah Graf/Ina Bovenschen/Heinz Kindler*, Erwachsene verurteilte Missbrauchstäter in Familien mit Kindern. Wissen wir genügend, um handlungsfähig zu sein?, RPsych 2018, S. 5, 6.

[27] BGH 6.2.2019 – XII ZB 408/18.

[28] *Katharina Lohse*, Nach dem Beschluss im familiengerichtlichen Kinderschutzverfahren. Zum Vorgehen des Jugendamts bei abweichender Einschätzung und zur Überwachung von „Auflagen" durch das Jugendamt, JAmt 2021, S. 546, 548 ff.

welt angehalten ist, im Austausch mit der Wissenschaft erst noch Ideen zu Sinnhaftigkeit und Grenzen eines Einsatzes von Ge- und Verboten nach § 1666 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 BGB im Kontext sexualisierter Gewalt – und darüber hinaus – zu entwickeln.

4. Absehen von kindesschutzrechtlichen Maßnahmen

Das Gesetz regelt ausdrücklich auch eine eigene Überprüfungspflicht, wenn das Familiengericht in einem Kinderschutzverfahren von kindesschutzrechtlichen Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB abgesehen hat. So verpflichtet § 166 Abs. 3 FamFG, die Entscheidung in angemessenem Zeitabstand einmalig zu überprüfen. Auch hier zielt das Gesetz nicht auf die Einleitung eines erneuten Eil- oder Hauptsacheverfahrens, sondern lediglich auf eine Vorprüfung. Wesentliche Funktion ist, die Motivation der Eltern zur Inanspruchnahme von Hilfen und zur Verbesserung der Situation für ihr Kind zu erhöhen. Mit der Überprüfung soll einer Verschlechterung des Hilfeprozesses entgegengewirkt werden.[29] Die Eltern sollen aus dem Konflikt mit dem Jugendamt nicht als vermeintliche „Gewinner" hervorgehen, denen das Familiengericht gerade bestätigt hat, dass sie mit dem Jugendamt nichts mehr zu tun haben brauchen. Vielmehr werden sie mit der Überprüfung durch das Familiengericht darauf hingewiesen, dass das Familiengericht weiterhin ein Auge auf die Entwicklung hat. Das Familiengericht übernimmt damit eine Mitverantwortung, dass die zum Kindeswohl erforderlichen Hilfeprozesse Fortsetzung finden. Das Jugendamt wird durch die Überprüfung in die Lage versetzt, seine weitere Verantwortung bei der Gewährung von Hilfen und Schutz tragen zu können. Das Familiengericht stellt hierfür entscheidende Weichen, denn oft ist die Aufgabe besonders herausfordernd, in der Folge eines familiengerichtlichen Verfahrens Kontakt mit der Familie zu halten.[30] Auf beiden Seiten gelingt es häufig nicht, in der Anrufung des Familiengerichts eine entlastende „Gerechtigkeitschance" zu sehen.[31]

---

[29] Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 24.10.2007, BT-Drs. 16/6815, S. 11.

[30] Kemper/Schreiber/*Völker*/*Clausius*/*Wagner*, 3. Aufl. 2015, § 166 Rn. 4; *Thomas Meysen*, Verantwortung nach der Entscheidung – Jugendamt, 2021, S. 8 f. (https://guteverfahren.elearning-kinderschutz.de/).

[31] *Reinhart Wolff*, Wie kann mit der Familie gearbeitet werden, wenn das Gericht den Antrag abgelehnt hat? in: Heinz Kindler/Susanna Lillig/Herbert Blüml/Thomas Meysen/Annegret Werner (Hrsg.), Handbuch Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD), 2007, Frage 120.

Aus der soeben skizzierten Zielrichtung für die Verantwortungszuschreibung ergibt sich auch eine Ausnahme von der Regelpflicht zur Überprüfung („soll"). Keine Überprüfung von familiengerichtlichen Beschlüssen in Kinderschutzverfahren findet folglich statt, wenn im Verfahren unter keinem Gesichtspunkt eine Kindeswohlgefährdung zu erkennen war.[32]

Die weitere Regelpflicht in § 166 Abs. 3 FamFG, dass die Entscheidung in der Regel nach drei Monaten zu überprüfen sei, dürfte mit Blick auf die häufig deutlich längeren Zeitabläufe, bis mit Unterstützung von Hilfen zur Erziehung in der Familie die erforderlichen Veränderungen erarbeitet werden können, weitergehend zu interpretieren sein. Die Überprüfung markiert insoweit lediglich, dass das Familiengericht jederzeit wieder aktiv wird, wenn entgegen der aktuellen Einschätzung kindesschutzrechtliche Maßnahmen erforderlich werden. Ordnet das Familiengericht keine kindesschutzrechtlichen Maßnahmen an, können dem Meinungsunterschiede mit dem Jugendamt zugrunde liegen. § 166 Abs. 3 FamFG enthält daher implizit auch eine „Erlaubnis" an das Jugendamt, sich bei veränderten Umständen erneut an das Familiengericht zu wenden,[33] und eine „Pflicht" des Familiengerichts, diese erneute Anrufung als originären eigenen Prüfauftrag anzunehmen und sie nicht als bloße Fortsetzung des Streits um die unterschiedliche Gefährdungseinschätzung abzuwehren.

IV. Verbleibensanordnung

Die Überprüfung von Verbleibensanordnungen hat mit dem *Kinder- und Jugendstärkungsgesetz* im Jahr 2021 in § 1696 Abs. 3 BGB eine eigene Regelung gefunden. Die Anordnung ist in spiegelbildlicher Umkehr der Voraussetzungen für den Erlass einer Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB dann vom Familiengericht aufzuheben, wenn durch die Wegnahme des Kindes von den Pflegepersonen das Kin-

[32] *Susanne Lehmann*, Verantwortung nach der Entscheidung – Familiengericht, 2021, S. 4 (https://guteverfahren.elearning-kinderschutz.de/); Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2019, § 1696 Rn. 52.
[33] *Eberhard Stößer*, Das neue Verfahren in Kindschaftssachen, FamRZ 2009, S. 656, 665; Zöller/*Lorenz*, 34. Aufl. 2022, § 166 Rn. 5.

deswohl nicht gefährdet ist. Insoweit ergeben sich im Vergleich zu anderen kindesschutzrechtlichen Maßnahmen im Sinne des § 166 Abs. 2 FamFG keine Besonderheiten. Für die Praxis ergibt sich allerdings der Unterschied, dass sowohl die Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie als auch eine mögliche Schädigung aufgrund der gewachsenen Bindungen des Kindes zu seinen Pflegepersonen bei Herausnahme aus der Pflegefamilie zu prüfen sind.[34] Die Regelung differenziert insoweit nicht zwischen einer einfachen und einer unbefristeten Verbleibensanordnung. Auch sog. „Dauerverbleibensanordnungen" stehen also unter dem Vorbehalt der Aufhebung nach § 1696 Abs. 3 BGB.[35]

Die Regelung enthält neben den üblichen materiellen Voraussetzungen aber den formellen Vorbehalt, dass eine Aufhebung nur auf Antrag der Eltern zulässig sein soll. In der Konsequenz findet durch das Familiengericht keine eigene Überprüfung in angemessenen Zeitabständen statt. Damit wird das Sicherheitsgefühl der Kinder und Jugendlichen in Pflegefamilien erhöht. Die Kontinuität des Verbleibs in einer Pflegefamilie ist jedoch kein Eigenwert an sich, sondern seinerseits rückgebunden daran, dass das Kind oder der/die Jugendliche in der Pflegefamilie nicht gefährdet ist und angemessen gefördert wird. Ist dies nicht (mehr) der Fall, besteht keine Möglichkeit für das Jugendamt, entsprechend initiativ zu werden. Nicht nur die Eltern, sondern auch Pflegeeltern werden so „zum Schicksal und Lebensrisiko des Kindes",[36] wenn die Personensorgeberechtigten nicht aktiv werden. Da dieser Aspekt im Gesetzgebungsverfahren keine Diskussion gefunden hat, besteht auch hier ein Bedarf nach fachlichem Austausch, ob die Rechtslage einer weiteren Ausdifferenzierung bedarf und wie die Praxis bis dahin mit entsprechenden Situationen umgehen soll.

[34] BVerfG 3.2.2017 – 1 BvR 2569/16 m. Anm. *Salgo*, FamRZ 2017, S. 531.

[35] *Thomas Meysen*, Stärkung von Kindern und Jugendlichen in Pflegefamilien und Einrichtungen – und mehr. Reform des SGB VIII mit dem Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG, FamRZ 2021, S. 401, 403.

[36] BVerfG 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14.

V. Schlussbemerkung

Das Jugendamt ruft das Familiengericht an und bringt sich in familiengerichtliche Verfahren ein, weil es das Tätigwerden des Familiengerichts im Hinblick auf den Schutz und die Hilfe für das Kind bzw. die/den Jugendliche/n und die weitere Zusammenarbeit mit der Familie für erforderlich hält. Alle Beteiligten aus der Familie bleiben während und in der Folge des familiengerichtlichen Verfahrens leistungsberechtigt. Das Jugendamt bleibt auch nach formellem Abschluss des Kinderschutzverfahrens in seiner Leistungsverantwortung. Dieser Verantwortung kann es mitunter nur gerecht werden, wenn auch das Familiengericht seine Involvierung über das konkrete Verfahren prozesshaft, über die Dauer des Verfahrens hinaus versteht und seine Entscheidungen regelmäßig oder aus Anlass überprüft. Insoweit hat das Familiengericht auch einen originären, aus den Grundrechten abgeleiteten Auftrag. Abgeleitet aus dem Kindeswohlvorrang darf es nicht nur keine Entscheidungen treffen, die dem jeweiligen Kindeswohlmaßstab nicht entsprechen, sondern in der Regel bei Kenntnis auch keine aufrechterhalten. Deshalb erwachsen Entscheidungen in Kindschaftssachen nur in formelle, nicht aber materielle Rechtskraft. Sie sind zu überprüfen – entweder auf Antrag, aus Anlass oder in angemessenen Zeitabständen. Der amtswegige Überprüfungsauftrag ist gesetzlich nur zurückhaltend konturiert und wird in der Praxis bislang wohl weitgehend reaktiv umgesetzt. Dafür sprechen gute Gründe, etwa die Achtung der familiären Autonomie bei der Regelung der Umgangskontakte, die Rückgabe der Verantwortung zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung an die Eltern bzw. das Jugendamt oder das Respektieren der Kontinuitätsbedürfnisse von Kindern und Jugendlichen bei außerfamiliärer Unterbringung. Allerdings bleibt offen, ob diese Gründe in der Praxis bewusst mit den Interessen und möglichen Wirkungen einer proaktiveren Überprüfung abgewogen werden oder inwieweit praktische Erwägungen der Arbeitsökonomie handlungsleitend sind. Letztere haben selbstverständlich auch auf die familiengerichtliche Praxis einen prägenden Einfluss, werden in der familien-(verfahrens)rechtlichen Literatur aber so gut wie nicht explizit thematisiert. Es dürfte daher lohnen, diese künftig transparent herauszuarbeiten und stärker explizit in die Diskussionen über die Umsetzung und Weiterentwicklung des Rechts zu berücksichtigen. Eine derart reflexive Praxis ist wichtiger Bestandteil auf dem engagierten Weg der stetigen Qualifizierung und Weiterentwicklung, auf den sich die familiengerichtliche Praxis mit allen involvierten Akteuren seit einiger Zeit begeben hat.

Verzeichnis der Teilnehmer/innen des Workshops

Amtsgerichtspräsidentin Christiane **Abel**, Pankow

Rechtsanwältin Dr. Christa **Bienwald**, Oldenburg

Richterin am Amtsgericht Hamburg Dr. Karen **Bilda**, derzeit BMJ, Berlin

Katrin **Chauviré-Geib**, Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie / Psychotherapie, Ulm

Prof. em. Dr. Michael **Coester**, München

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Dagmar **Coester-Waltjen**, LL.M., München

Vorsitzender Richter am Kammergericht Prof. Dr. Rüdiger **Ernst**, Berlin

Ministerialrätin Dr. Barbara **Fellenberg**, BMJ, Berlin

Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Prof. Dr. Isabell **Götz**, München

Philipp **Hagemann**, Lehrstuhl Veit, Georg-August-Universität Göttingen

Oliver **Hartlieb**, Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Vorsitzende Richterin am Kammergericht Heike **Hennemann**, Berlin

Almut **Hornschild**, BMFSFJ, Berlin

Till **Jagel**, Lehrstuhl Veit, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Matthias **Jestaedt**, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.

Prof. Dr. Anja **Kannegießer**, Katholische Hochschule Nordrhein-Westfalen, Münster

Amtsgerichtsdirektor a. D. Wolfgang **Keuter**, Bad Iburg

Prof. Dr. Heinz **Kindler**, Deutsches Jugendinstitut, München

Regierungsdirektor Thomas **Knoll-Biermann**, BMJ, Berlin

Joshua **Kohler**, Lehrstuhl Reuß, Georg-August-Universität Göttingen

Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Gudrun **Lies-Benachib**, Frankfurt a. M. / Kassel

Prof. Dr. Dr. h.c. Volker **Lipp**, Georg-August-Universität Göttingen

Julia **Matthäi**, Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Dr. Thomas **Meysen**, SOCLES Heidelberg

Daniela **Nitsche**, Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Jennifer **Reh**, Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Philipp M. **Reuß**, Georg-August-Universität Göttingen

Ofelia **Safarian**, Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Cara **Schulze**, Lehrstuhl Lipp, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Eva **Schumann**, Georg-August-Universität Göttingen

Madeleine **Schrade**, BMFSFJ, Berlin

Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Alexander **Schwonberg**, Celle

Prof. Dr. Barbara **Veit**, Georg-August-Universität Göttingen

Kathrin **Wessels**, Niedersächsisches Justizministerium, Hannover

Lea **Zimmermann**, Lehrstuhl Schumann, Georg-August-Universität Göttingen

Diplom-Rechtspflegerin Dagmar **Zorn**, Großbeeren

Der vorliegende Band vereinigt die Referate des am 12. November 2021 veranstalteten 18. Göttinger Workshops zum Familienrecht, in dessen Zentrum die Frage stand, welche Anforderungen an eine kindgerechte Ausgestaltung von Sorge- und Umgangsverfahren zu stellen sind. Dieser Frage nähern sich die Beiträge aus verschiedenen Perspektiven: Neben einer Analyse der verfassungsrechtlichen Grundlagen im Dreiecksverhältnis „Eltern – Kind – Staat“ geht es um unterschiedliche Anforderungen in Kinderschutz- und Elternkonfliktverfahren, um die Ausgestaltung der Kindesanhörung aus rechtspraktischer und soziologischer Sicht sowie um die Zusammenarbeit von Jugendamt und Familiengericht während des Verfahrens und um deren Verantwortung im Anschluss an Entscheidungen in Kinderschutzverfahren.

Band 27 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



ISBN: 978-3-86395-568-7
ISSN: 1864-2128
eISSN: 2512-6849

Universitätsverlag Göttingen